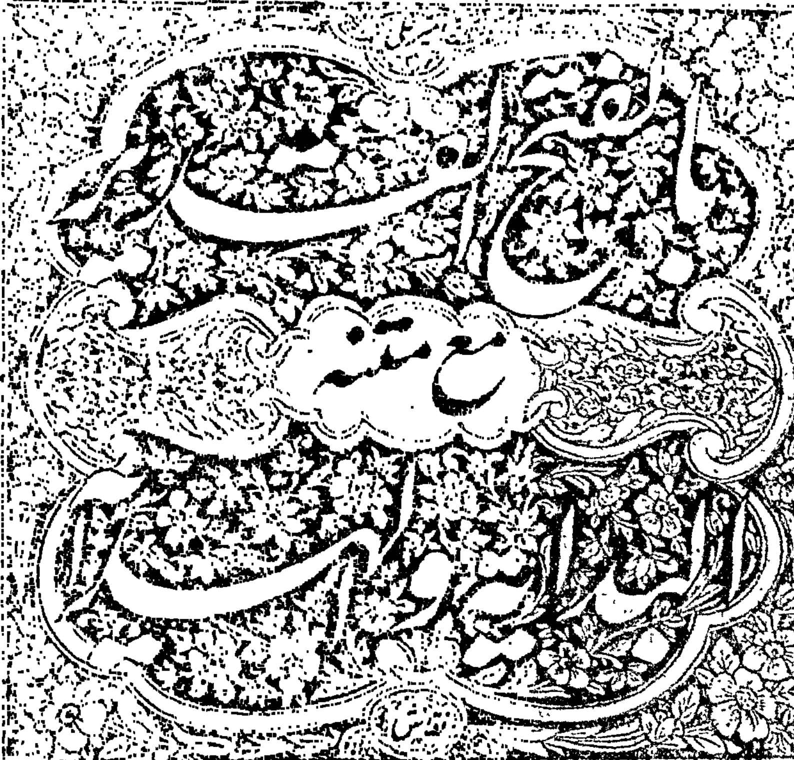
إن الله على كل شيء قدير

قد طبع الجلد الثالث مما يحتاج الاوكاد من الكتاب المستطاب الذي يقال له هو حاوي الدرر الفريدة

المشتملات المسائل الفقهية تحقيق الدراية دقائق الهداية



للعلامة النحرير امام العلماء الفقهاء اكمل الكملاء في تدقيق التنقيح شيخ الاسلام كمال الدين محمد المعروف بابن الهمام

اسكنه الله بحبوحة دار السلام تصحيح الفاضل الاديب العلامة مولانا محمد حسين الخيرآبادي

في مطبع مجمع المطابع منشي نولكشور الواقع لكهنؤ

في ابتداء ربيع الاول ... في شهر

فہرس المجلد الثالث من فتح القدير مع تکملتہ نتائج الافکار

صفحہ	مطالب
٤	کتاب البیوع۔
١٠	فصل
٢٧	باب خیار الشرط
٣٦	باب خیار الرؤیۃ
٤٥	باب خیار العیب۔
٧٨	باب البیع الفاسد۔
١٠١	فصل فی احکامہ۔
١١٢	فصل فیما یکرہ۔
١١٤	نوع منہ۔
١١٧	باب الاقالۃ۔
١٢٠	باب المرابحۃ والتولیۃ۔
١٢٨	فصل
١٣٤	باب الربوا۔
١٥٠	باب الحقوق۔
١٥٢	باب الاستحقاق۔
١٥	فصل فی بیع الفضولی۔
١٦٥	باب السلم۔
١٨٧	مسائل منثورۃ۔
١٩٤	کتاب الصرف۔
٢٠٧	کتاب الکفالۃ۔
٢٣٣	فصل فی الضمان۔
٢٤٢	باب کفالۃ الرجلین۔
٢٤٤	باب کفالۃ العبد وعنہ۔
٢٣٦	کتاب الحوالۃ۔
٢٤٣	کتاب ادب القاضی۔
٢٥٨	فصل فی الحبس۔
٢٦٢	باب کتاب القاضی الی القاضی۔
٢٦٩	فصل آخر۔
٢٨٠	باب التحکیم۔
٢٨٢	مسائل شتی من کتاب القضاء
٢٩٣	فصل فی القضاء بالمواریث۔
٣٠٢	فصل آخر۔
٣٠٥	کتاب الشہادۃ۔
٣١٢	فصل یتعلق بکیفیۃ الاداء
٣١٨	باب من یقبل شہادتہ ومن لا یقبل۔
٣٣٣	باب الاختلاف فی الشہادۃ۔
٣٤٣	فصل فی الشہادۃ علی الارث۔

صفحہ	مطالب
٣٤٥	باب الشہادۃ علی الشہادۃ۔
٣٥١	فصل فی تعزیر شاہد الزور
٣٥٤	کتاب الرجوع عن الشہادات۔
٣٦٣	کتاب الوکالۃ ایضاً من تکملۃ۔ ٣٧٠
٣٨٨	باب الوکالۃ بالبیع والشراء
〃	فصل فی الشراء
٤١٢	فصل فی التوکیل بشراء نفس العبد
٤١٧	فصل فی البیع۔
٤٢٣	فصل
٤٤٧	باب الوکالۃ بالخصومۃ والقبض۔
٤٥٦	باب عزل الوکیل۔
٤٦٦	کتاب الدعوی۔
٤٧٧	باب الیمین۔
٤٩٢	فصل فی کیفیۃ الیمین والاستحلاف۔
٤٩٨	باب التحالف۔
٥١٧	فصل فیمن لا یکون خصما
٥٢٢	باب ما یدعیہ الرجلان
٥٤١	فصل فی التنازع بالایدی
٥٤٥	باب دعوی النسب۔
٥٦٣	کتاب الاقرار
٥٨١	فصل
٥٨٥	باب الاستثناء وما فی معناہ۔
٦٠٣	باب اقرار المریض۔
٦١١	فصل فی بیان الاقرار بالنسب
٦١٨	کتاب الصلح۔
٦٢٣	فصل
٦٢٥	باب التبرع بالصلح والتوکیل بہ۔
٦٢٦	باب الصلح فی الدین۔
٦٢٩	فصل فی الدین المشترک۔
٦٣٢	فصل فی التخارج۔
٦٣٥	کتاب المضاربۃ
٦٤١	باب المضارب یضارب
٦٤٢	فصل
٦٤٣	فصل فی العزل والقسمۃ۔
٦٤٦	فصل فیما یفعلہ المضارب۔
٦٤٧	فصل آخر۔
٦٤٨	فصل فی الاختلاف۔

صفحہ	مطالب
٦٥٠	کتاب الودیعۃ۔
٦٥٦	کتاب العاریۃ
٦٦٣	کتاب الہبۃ
٦٧٣	باب الرجوع فی الہبۃ۔
٦٧٨	فصل
٦٨١	فصل فی الصدقۃ۔
٦٨٢	کتاب الاجارات۔
٦٨٧	باب الاجر متی یستحق۔
٦٩٢	فصل
٦٩٣	باب ما یجوز من الاجارۃ وما یکون خلافا فیہا
٦٩٧	باب الاجارۃ الفاسدۃ۔
٧١٢	باب ضمان الاجیر
٧١٦	باب الاجارۃ علی احد الشرطین۔
٧١٩	باب اجارۃ العبد
٧٢٢	باب الاختلاف۔
٧٢٣	باب فسخ الاجارۃ۔
٧٢٤	مسائل منثورۃ۔
٧٢٥	کتاب المکاتب۔
٧٣٢	فصل فی الکتابۃ الفاسدۃ۔
٧٣٤	باب ما یجوز للمکاتب ان یفعل۔
٧٣٩	فصل
٧٤٠	فصل
٧٤٤	باب من یکاتب عن العبد
٧٤٥	باب کتابۃ العبد المشترک۔
٧٤٧	باب موت المکاتب وعجزہ وموت المولی
٧٥١	کتاب الولاء۔
٧٥٥	فصل فی ولاء الموالاۃ
٧٥٨	کتاب الاکراہ۔
٧٦٠	فصل
٧٦٥	کتاب الحجر۔
٧٦٥	باب الحجر للفساد۔
٧٧٢	فصل فی حد البلوغ
〃	باب الحجر بسبب الدین
٧٧٧	کتاب الماذون۔
٧٨٩	فصل
٧٩٣	کتاب الغصب۔
٨٠٠	فصل فیما یتغیر بفعل الغاصب۔
٨٠٦	فصل
٨١٢	فصل فی غصب ما لا یتقوم۔

فهرست کتب دینیه سنت وجماعت موجوده مطبع

تحمده و نصلی بر خواطر دریا مقاطر ارباب الباب مخفی مباد که فهرست کتب موجوده کارخانه اوده اخبار اگرچه بذریعه فهرستهای جداگانه پیوسته اشتهار می پذیرد دیگر مناسب وقت چنین می نماید که اسامی بعضی کتب دینیه سنت وجماعت از فقه و اصول و تفسیر و کلام و حدیث که مناسبت تام باین کتاب داشته باشد بنابر اطلاع علما و فضلا و شائقین و ماهرین این علوم که اطلاع موجود بودنش را ذریعه رفیعه باشد نقل نموده می شود و آن اینست

کتب فقه عربی و اصول فقه

فتاوای عالمگیری تمام وکمال
شرح الیاس شرح مختصر الوقایه
هدایه شریف کامل مع ترجمه فارسی
هدیة المختار شرح رساله عضدیه
احیاء العلوم عربی هر چهار جلد
مختصر الوقایه
جامع الرموز
شرح وقایه محشی بحواشی مختلفه
شرح وقایه مع چلپی
فتاوای کنز الدقائق عربی
فرائض شریفی شرح سراجیه
نور الانوار مع قمر الاقمار
مجموعه تنقیح و توضیح
و تلویح مع چلپی
شیخ الاسلام حاشیه تلویح
ملا خسرو حاشیه تلویح
کفایه حاشیه هدایه مع هدایه محشی بحواشی مختلفه
عینی شرح هدایه تمام وکامل

کتب فقه فارسی و اردو

ترجمه اردو در مختار هر چهار جلد
تحفة الصلوة
سبل الجنان
فتاوای برهنه تمام وکامل
مالابد منه فارسی
کشف الحاجات یعنی مالابد اردو
مذاق العارفین ترجمه احیاء العلوم کامل
شرح وقایه فارسی

نور الهدایه ترجمه اردو شرح وقایه
ترجمه اردو کنز الدقائق
حجج الحج مسمی نهایة الشعور
فتاوی المیراث
رساله فرائض
مسلک المتقین
عمدة البضاعة فی مسائل الرضاعة
تذکرة الجمعه
احکام العیدین
موضح الحق
هزار مسئله
شرح محمدی
رساله کاید باب الحج
سراج السالکین
فضائل الشهور والایام
خیرت الفقه
ضمان الفردوس

کتب تفسیر و مثل آن

تفسیر کشاف
خلاصة الکشاف
بیضاوی شریف
تفسیر اتقان
تفسیر جلیل القدر سراج المنیر
هلالین حاشیه جلالین
جواهر القرآن مترجم
مجموعه زینت القاری
تفسیر سوره یوسف منظوم
تفسیر زاد الآخرت

تفسیر حسینی تمام وکامل
تفسیر سوره فاتحه
رموز القرآن
فضائل القرآن
تفسیر القلندری فی تحریر الانوار
میزان الفرقان

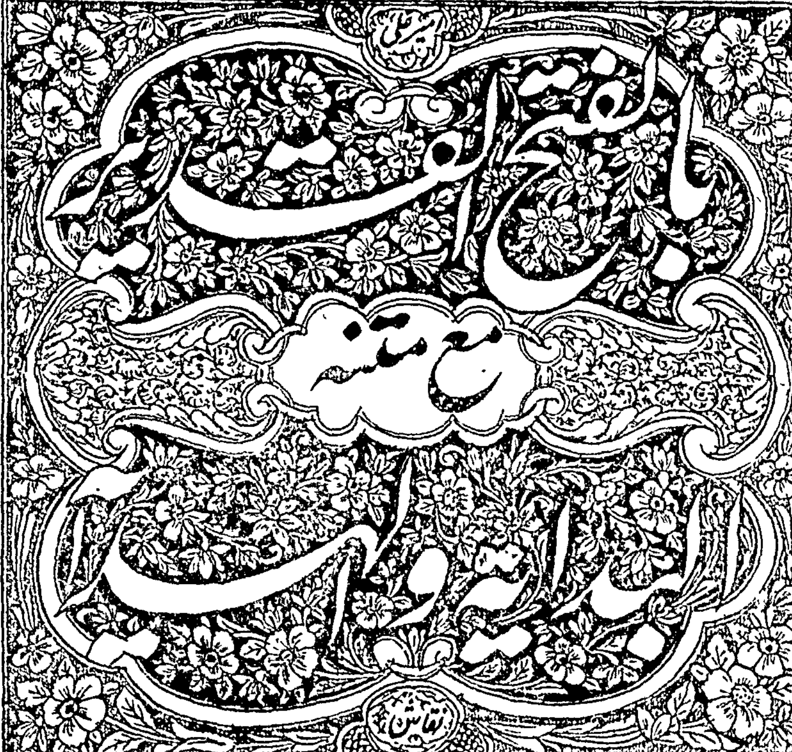
کتب احادیث و اوراد

قسطلانی شریف شرح صحیح بخاری شریف کامل
صحیح مسلم مع نووی شریف
شرح حصن حصین
مجربات دیربی
شرح سفر السعادت
تعبیر الرویا
تحفة الاخیار ترجمه مشارق الانوار
سنن ابی داؤد
اوراد نقشبندی
سید الاوراد
ترجمه مجربات دیربی
ترجمه تعبیر الرویا مسمی تبادیل المنام
مصباح الهدایت ترجمه عوارف المعارف
کیمیای سعادت
اکسیر هدایت ترجمه کیمیای سعادت
شرح مثنوی شریف تصنیف مولانا
بحر العلوم
انوار محمدی
تحقیق الانساب

تمت

إن الله على كل شيء قدير

قد طبع المجلد الثالث من الكتاب المستطاب الذي يزري بزهوها على الانوار البهية الكاشف لمعضلات الهداية الحاوي لمسائل الفقه الحنفية المستجمع لحقائق الرواية والمستكمل لدقائق الدراية الشهير



للعلامة النحرير امام العلماء سيد الفقهاء اكمل الكملاء في الحديث والتفسير شيخ الاسلام كمال الدين محمد المعروف بابن الهمام اسكنه الله برحمته دار السلام بتصحيح الفاضل العريف العلام مولانا محمد عظيم حسين الخيرآبادي حفظه الله ذو الايادي

في المطبع البديع الذي المعزى الى منشي نولكشور الواقع في مصر لكهنو



بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

قال البيع ينعقد بالايجاب والقبول

كتاب البيوع عرف ان مشروعات الشارع منقسمة الى حقوق الله تعالى خالصة وحقوق العباد خالصة وما اجتمع فيه الحقان وحقه تعالى غالب وما اجتمعا فيه وحق العباد غالب فحقوقه تعالى عبادات وعقوبات وكفارات فابتدأ المصنف بحقوق الله تعالى الخالصة حتى اتى على آخر انواعها ثم شرع في حقوق العباد وهي المعاملات ثم في ترتيب خصوص بعض الابواب على بعض مناسبات خاصة ذكرت في مواضعها ووقع في آخرها ترتيب اول اقسام حقوق العباد اعني البيع على الوقف ووجهه ان الوقف اذا صح خرج المملوك عن ملكه لا الى مالك وفي البيع الى مالك فنزل الوقف في ذلك منزلة البسيط من المركب والبسيط مقدم على المركب في الوجود فقدمه في التعليم هكذا ذكروا والخفي شروعه في المعاملات من زمان فان ما تقدم من اللقطة واللقيط والمفقود والشركة من المعاملات ثم البيع مصدر فقد يراد به المفعول فيجمع باعتباره كما يجمع المبيع وقد يراد به المعنى وهو الاصل فجمعه باعتبار انواعه فان البيع يكون سلما وهو بيع الدين بالعين او قلبه وهو البيع المطلق وصرفا وهو بيع الثمن بالثمن ومقايضة وهو بيع العين بالعين وبخيار ومنجزا ومؤجل الثمن ومرابحة وتولية ووضيعة وغير ذلك والبيع من الاضداد يقال باعه اذا اخرج العين من ملكه اليه وباعه اي اشتراه ويتعدى بنفسه وبالحرف باع زيد الثوب وباعه منه واما مفهومه لغة وشرعا فقال فخر الاسلام البيع لغة مبادلة المال بالمال وكذا في الشرع لكن زيد فيه قيد التراضي انتهى والذي يظهر ان التراضي لا بد منه لغة ايضا فانه لا يفهم من باعه وباع زيد عبده الا انه استبدل به بالتراضي وان الاخذ غصبا واعطاء شيء آخر من غير تراض لا يقول فيه اهل اللغة باعه ومشروعية البيع بالكتاب وهو قوله تعالى واحل الله البيع والسنة وهي قوله عليه السلام يا معشر التجار ان بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشوبوه بالصدقة وبعث عليه الصلوة والسلام والناس يتبايعون فقررهم عليه والاجماع منعقد عليه وسبب شرعيته تعلق البقاء المعلوم فيه لله تعالى على وجه جميل وذلك ان الانسان لو استقل بابتداء بعض حاجاته من حرث الارض ثم بذر القمح وخدمته وحراسته وحصده ودراسته ثم تذريته ثم تنظيفه وطحنه بيده وعجنه لم يقدر على مثل ذلك في الكتان والصوف للبسه وبناء ما يظله من الحر والبرد الى غير ذلك فلا بد من ان تدفعه الحاجة الى ان يشتري شيئا ويبدي من ادلة شيء فلو لم يشرع البيع سببا للتمليك في البدلين لاحتاج

اذا كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والآخر اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به

الى ان يؤخذ على التغالب والمقاهرة او السؤال او الشحاذة او يصبر حتى يموت وفي كل منهما ما لا يخفى من الفساد وفي الثاني من التذلل والصغار ما لا يقدر عليه كل احد ويزرى بصاحبه فكان في شرعيته بقاء المكلفين المحتاجين ودفع حاجاتهم على النظام الحسن وشرطه في المباشر التمييز والولاية الشرعية الكائنة عن ملك او وكالة او وصية او قرابة وغير ذلك فصح بيع الصبي المميز الذي يعقل ان البيع سالب وفي المبيع كونه مالا متقوما شرعا مقدور التسليم في الحال او في ثاني الحال فيدخل السلم وقد قالوا الشروط منها شرط الانعقاد وهو التمييز والولاية وكون البيع متقوما ومنها شرط النفاذ وهو الملك والولاية حتى اذا باع ملك غيره توقف النفاذ على الاجازة ممن له الولاية واما ركنه فالفعل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين او من يقوم مقامهما الدال على الرضا بتبادل الملك فيهما وهذا مفهوم لا شرعا وقد يكون ذلك الفعل قولا وقد يكون فعلا غير قول كما في التعاطي كما سيأتي وقد يكون الرضا ثابتا وقد لا يكون فان لفظ بعت مثلا ليس علة لثبوت الرضا بل امارة عليه فقد يتحقق مع انتفائه كالغيم الرطب للمطر فكذا يتحقق بعت واشتريت ولا رضا كما في بيع المكره وعلى هذا ما اخترناه من ان حقيقة التراضي ليس جزء مفهوم البيع الشرعي بل شرط ثبوت حكمه شرعا قوله البيع ينعقد بالايجاب والقبول يعني اذا سمع كل كلام آخر ولو قال البائع لم اسمع وليس به صمم وقد سمعه من في المجلس لا يصدق ثم المراد بالبيع هنا المعنى الشرعي الخاص المعلوم حكمه وانما قلنا هذا لانه قال ينعقد بالايجاب والقبول فجعلهما غيره يثبت هو بهما مع ان البيع ليس الا الايجاب والقبول لانهما ركناه على ما حققناه آنفا من ان ركنه الفعل الدال الى آخره هذا ولكن الظاهر ان المراد بالبيع هنا ليس الا نفس حكمه لا معنى له ذلك الحكم وما قيل البيع عبارة عن معنى شرعي يظهر في المحل عند الايجاب والقبول حتى يكون العاقد قادرا على التصرف ليس غير الحكم الذي هو الملك لانه هو الذي يثبت به قدرة التصرف والمتحقق من الشرع ليس الا ثبوت الحكم المعلوم من تبادل الملكين عند وجود الفعلين اعني الشرطين بوضعهما سببا له شرعا وليس هنا شيء ثالث فالملك هو قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف فخرج نحو الوكيل فاذا امتنع ان يراد الفعل الخاص لزم الآخر والايجاب لغة الاثبات لاي شيء كان والمراد هنا اثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع اولا سواء وقع من البائع كبعت او من المشتري كان يبتدئ المشتري فيقول اشتريت منك هذا بالف والقبول الفعل الثاني والا فكل منهما ايجاب اي اثبات فسمي الاثبات الثاني بالقبول تمييزا له عن الاثبات الاول ولانه يقع قبولا ورضا بالفعل الاول وحيث لم يصح ارادة اللفظين بالبيع بل حكمهما وهو الملك في البدلين وجب ان يراد بقوله ينعقد يثبت اي الحكم فان الانعقاد انما هو للفظين لا للملك اي انضمام احدهما الى الآخر على وجه يثبت اثره الشرعي وقولنا في القبول انه الفعل الثاني ليفيد كونه اعم من اللفظ فهو كذلك فان من الفروع ما لو قال كل هذا الطعام بدرهم فاكله تم البيع واكله حلال والركوب واللبس بعد قول البائع اركبها بمائة والبسه بكذا رضا بالبيع وكذا اذا قال بعتكه بالف فقبضه ولم يقل شيئا كان قبضه قبولا بخلاف بيع التعاطي فانه ليس فيه ايجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط وسيأتي مثله ففي جعل مسئلة القبض بعد قوله بعتكه بالف من صور التعاطي كما فعل بعضهم نظر وفي فتاوى قاضي خان قال اشتريت منك هذا بكذا فتصدق به على هؤلاء ففعل البائع قبل ان يتفرقا جاز وكذا اشتريت منك هذا الثوب بكذا فاقطعه لي قميصا فقطعه قبل التفرق قوله اذا كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والآخر اشتريت قال المصـ لان البيع انشاء تصرف اي اثبات تصرف يفيد حكما يثبت جبرا والانشاء على هذا الوجه لا يعرف الا بالشرع لما فيه من اثبات معنى يكون اللفظ علة له والعبد لا يقدر على ذلك غاية قدرته الاخبار عن الكائن او ما سيكون وطلبه فقولهم من الانشاء التمني والترجي والقسم والاستفهام اصطلاح في تسمية ما لا خارج لمعناه يطابقه او لا يطابقه انشاء وهو يعم ما ذكر وغيره مما جاء به الا ترى ان لفظ لعل زيدا ياتي وليت لي مالا ليس علة للترجي ذلك وتمنيه بل دال على الترجي والتمني القائمين بالمتكلم كانه اخبر عن قيامهما به غير ان اهل الاصطلاح لا يسمونه اخبارا لما قلنا بخلاف بعت وطالق فانه علة يثبت به شرعا معان لا قدرة للمتكلم على اثباتها والحاصل ان الانشاء على هذا الوجه لا يمكن الا ممن له الخلق والامر تبارك الله رب العالمين

ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك وقوله رضيت بكذا او اعطيتك بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود

سواء سمي غيره انشاء اصطلاحا او لا واذا كان الانشاء لا يعرف الا بالشرع ولم يضع له في اللغة لفظا يخصه والشرع استعمل في اثباته من اللغة لفظ الخبر اي وضعه علة لاثباته تعالى ذلك المعنى عنده فينعقد اي يثبت به واما تعليله بان لفظ الماضي ادل على الوجود فانه لا يصدق الا بتحقق الوجود سابقا فاختير له فربما يعطي قصر العلية عليه وليس كذلك بل الوجه انه تعليل اولوية لفظ الماضي بان يستعمل فيه من غيره فانه لا يقتصر عليه كما ستسمع **قوله** ولا ينعقد بلفظين احدهما بلفظ المستقبل بخلاف النكاح فانه اذا قال زوجني فقال زوجتك ينعقد بمجرد ذلك اما البيع فاذا قال بعنيه بالف فقال بعتك لا ينعقد حتى يقول الاول اشتريت ونحوه مما قال الطحاوي انه قد ينعقد بثلاثة الفاظ قال وقد مر الفرق هناك يعني قوله لان هذا توكيل يعني زوجني فاذا قال زوجتك كان ممتثلا امر الموكل مزوجا له ووليا لمن زوجها والواحد يتولى طرفي عقد النكاح بخلاف البيع وقد سنا من قال ان لفظة الامر في النكاح جعلت ايجابا لان النكاح لا يسرح بالخطبة فيه وطلبه الا بعد مراجعات وتامل واستخارة غالبا فلا يكون لفظ طلبه اعني زوجني مساومة بل تحقيقا فاعتبر ايجابا بخلاف البيع لا يكون مسبوقا بمثل تلك فكان الامر فيه مساومة فلا يتم العقد بمجرد جواب الآخر وعلى هذا لا يتم فرق المصنف ره لانه مبني على كونه توكيلا واما الفرق بان رد النكاح بعد ايجابه يلحق الشين بالاولياء بخلاف رد البيع فمبني على جعل الامر ايجابا ثم فيه نظر لانه لو صح لزم امتناع رجوعه بعد قوله زوجني نفسك قبل قوله زوجتك لانه الشين وانكسار قلوبهم وهذه ثمانية مواضع منها البيع والاقالة لا يكتفى بالامر فيهما عن الايجاب ومنها النكاح والخلع يقع فيهما ايجابا الخامسة اذا قال لعبده اشتر نفسك مني بالف فقال فعلت عتق السادسة في الهبة قال هب لي هذا فقال وهبته منك تمت الهبة السابعة قال لصاحب الدين ابرئني مما لك علي من الدين فقال ابرأتك تمت البراءة الثامنة الكفالة قال كفل بنفس فلان لفلان فقال كفلت تمت فاذا كان غائبا فقدم واجاز الكفالة جازت واعلم ان عدم الانعقاد بالمستقبل هو اذا لم يتصادقا على نية الحال اما اذا تصادقا على اثبات البيع في الحال فينعقد به في القضاء لان صيغة الاستقبال تحتمل الحال فيثبت بالنية ذكره في التحفة في صيغة الاستقبال مطلقا وفي الكافي قصر الكلام على المضارع فقال الصحيح ما ذكره الطحاوي لان المضارع في الاصل موضوع للحال ووقوعه في الاستقبال نوع تجوز انتهى وعلى هذا ينبغي ان يقبل قوله اذا ادعاه وكذبه الآخر لانه حقيقة اللفظ بخلاف المستقبل وهو الامر فلو ادعى في قوله ابيعك انه اراد معنى اشتريته بكذا ينبغي ان لا يصدقه القاضي مثال ذلك ان يقول ابيع منك هذا بكذا او اعطيكه فقال اشتريه او آخذه ونويا الايجاب للحال والحق ان المراد بالمستقبل الذي ينعقد به بنية الحال هو المضارع وتسميته مستقبلا على احد القولين والا فالمختار انه موضوع للحال واما الامر فلا يوجد في شيء من الكتب التمثيل به لذلك مع انه هو المستقبل في الحقيقة وذلك لانه انشاء وبينه وبين الانشاء كمال الانقطاع فلا يتجوز به فيه فلا يقال بعته والمراد اشتريته فلا ينعقد به الا في قوله خذه بكذا فينعقد لثبوت الايجاب اقتضاء ومثل الامر المقرون بالسين نحو سابيعك فلا يصح بيعا ولا يتجوز به في معنى بعتك في الحال فان ذكر السين يناقض ارادة الحال واعلم ان كون الواحد لا يتولى طرفي العقد في البيع مخصوص منه الاب يشتري مال ابنه لنفسه او يبيع ماله منه والوصي عند ابي حنيفة اذا اشترى لليتيم من نفسه ولنفسه منه بشرطه المعروف في باب الوصية وقيده في نظم الزندويسي بما اذا لم يكن نصبه القاضي **قوله** وقوله رضيت هذا بدرهم فقال بعتك وقال اشتريته بدرهم فقال رضيت او قال اعطيتكه بكذا فقال فعلت او اجزت او اخذت كل هذه الالفاظ من قبل البائع او المشتري يتم بها البيع لافادتها اثبات المعنى والرضا به وكذا لفظة خذه بكذا ينعقد به اذا قبل بان قال اخذته ونحوه لانه وان كان مستقبلا لكن خصوص مادته اعني الامر بالاخذ يستدعي سابقة البيع فكان كالماضي الا ان استدعاء الماضي سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء خذه سبقه بطريق الاقتضاء فهو كما اذا قال بعتك عبدي هذا بالف فقال فهو حر عتق ويثبت

ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة

اشتريت اقتضاء بخلاف ما لو قال هو حر بلا فاء لا يعتق وانما صح بهذه ونحوها لانها تؤدي معنى البيع والمعنى هو المعتبر في هذه العقود الا يرى الى ما قالوا لو قال وهبتك او وهبت لك هذه الدار او هذا العبد بثوبك هذا فرضي فهو بيع بالاجماع قالوا انما قال في هذه العقود احترازا عن الطلاق والعتاق فان اللفظ فيهما يقام مقام المعنى وانت تعلم ان اقامة اللفظ مقام المعنى اثر في ثبوت حكمه بلا نية ليس غير فاذا فارقت هذه العقود ذلك اقتضاء ان لا يثبت بمجرد اللفظ بلا نية فلا يثبت بلفظ البيع حكمه الا اذا اراد به ح فلا فرق بين بعت وابيع في توقف الانعقاد به في النية ولذا لا ينعقد بلفظ بعت هزلا فلا معنى لقوله ينعقد بلفظ الماضي ولا ينعقد بالمستقبل ثم تقييده بما اذا لم ينويه فانه ينعقد به في الماضي وغيره بالنية ولا ينعقد بالماضي وغيره بلا نية ومن الصور لفظة نعم تصح ايجابا في قول المستفهم اتبيعني عبدك بالف فقال نعم فقال اخذته فهو بيع لازم وكذا ابيعك ومنها اشتريته منك بالف فقال نعم او هات الثمن وكذا اذا قال هذا عليك بالف فقال قبلت ولو قال هو لك بالف ان وافقك وان اعجبك وان اردت فقال وافقني او اعجبني او اردت انعقد ولو قال بعتكه بكذا بعد وجود مقدمات البيع فقال اشتريت ولم يقل منك صح وكذا على العكس وكذا اذا قال بعد معرفة الثمن ان ادّيت ثمنه فقد بعته منك فادى في المجلس جاز استحسانا فروع في اختلاف الايجاب والقبول قال بعتكه بالف فقال اشتريت بالفين جاز فان قبل البائع الزيادة ثم بالفين والاصح بالف اذ ليس له ولاية ادخال الزيادة في ملكه بلا رضاه ولو قال اشتريته بالفين فقال البائع بعتكه بالف جاز كانه قبل بالفين وحط عنه الفا ولو ساومه بعشرة فقال بعشرين فقبضه من يده ولم يمنعه لزم بعشرة فلو كان في يد المشتري من اول الامر فذهب به الباقي بحاله فبعشرين عندهم جميعا وقال الطحاوي يلزم باحدهما كلاما مطلقا ولو قال بعتكه بالف بعتكه بالفين فقال قبلت الاول بالف لم يجز لان البائع قد رجع عنه وليس كذا في الطلاق والعتاق فان قال قبلت البيعين جميعا بثلاثة الاف فهو كقوله قبلت الآخر بثلاثة الاف يعني يكون البيع بالفين والالف زيادة ان شاء قبلها في المجلس وان شاء ردها وكذا بالف بمائة دينار انما يلزمه الثاني وقيل يلزمه الثمنان والاول في الزيادات فهو وجه واذا قبل الزيادة في المجلس لزم المشتري

قوله ولهذا ينعقد اي ولان المعتبر هو المعنى ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس قيل النفيس نصاب السرقة فصاعدا والخسيس ما دونها وقوله هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي انه انما ينعقد بالتعاطي في الخسيس فقط واراد بالخسيس الاشياء المحتقرة كالبقل والرغيف والبيض والجوز استحسانا للعادة قال ابو معاذ رايت سفيان الثوري جاء الى صاحب الرمان فوضع عنده فلسا فاخذ رمانة ولم يتكلم ومضى ووجه الصحيح ان المعنى وهو الدلالة على التراضي يشمل الكل وهو المصحح فلا معنى للتفصيل وفي الايضاح هو خلاف ما ذكره محمد في الاصل في مواضع انتهى وفي شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام في رجل قال لرجل يعني هذا العبد لفلان فاشتراه له ثم انكر ان يكون فلان امره بذلك ثم جاء فلان فقال انا امرته قال باخذه فلان فان قال لم امره وقد كان اشتراه له لم يكن له الا ان يسلمه المشتري له فان سلمه واخذه الذي اشتراه له كان بيعا للذي اخذه من المشتري وكان العهدة عليه اي للاخذ على المفتري فدل على صحة التعاطي في النفيس وفي المنتقى له على آخر الف درهم فقال الذي عليه المال للذي له المال اعطيتك بمالك دنانير فساومه بالدنانير ولم يقع بيع ثم فارقه فجاءه بها فدفعها اليه يريد الذي كان ساومه عليه ثم فارقه ولم يستأنف بيعا جاز الساعة وكذا لو ساوم رجلا الشيء وليس معه دعا ثم فارقه وجاء بالوعاء فاعطاه الثمن جاز كالى له جاز ومن صوره ما اذا جاء المودع بامة غير المودعة وقال هذه امتك والمودع يعلم انها ليست اياها وحلف واخذها حل الوطء للمودع وللامة التمكين وعن ابي يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطانتي فحلف الخياط انها هي وسعه اخذها ومنها قول الدلال للبزاز هذا الثوب بدرهم فقال صنعوه في اجناس الناطفي لو قال بكم تبيع قفيز حنطة فقال بدرهم فقال اعزله فعزله له فهو بيع وكذا لو قال للقصاب شله فوزنه وهو ساكت فهو بيع

قال واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل في المجلس وان شاء رده وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب ان يرجع لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس لان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة

حتى لو امتنع من دفع الثمن واخذ اللحم او امتنع القصاب من دفع اللحم اجبرهما القاضي وكذا اذا قال زن لي ما عندك من اللحم على حساب ثلاثة ارطال بدرهم فوزن بخلاف ما لو قال زن لي ثلاثة ارطال فوزن فله الخيار لانه ليس بمعلوم بخلاف ما لو قال من هذا الجنب ومن الفخذ فكذا قوله لمن جاء بوقر بطيخ فيه الكبار والصغار بكم عشرة من هذه فقال بدرهم فعزل عشرة اختارها فذهب بها والبائع ينظر او عزل البائع عشرة فقبلها المشتري تم البيع واختلف في ان قبض البدلين شرط في بيع التعاطي او احدهما كاف والصحيح الثاني ونص محمد رح على ان بيع التعاطي يثبت بقبض احد البدلين وهذا ينتظم الثمن والمبيع ونصه في الجامع على ان تسليم المبيع يكفي لا ينفي الآخر ومنها لو ردها بخيار العيب والبائع متيقن انها ليست فاخذها ورضي فهو بيع بالتعاطي

قوله واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار وهذا خيار القبول ان شاء قبل وان شاء رده وللموجب ايضا كان بائعا او مشتريا ان يرجع قبل قبول الآخر عن الايجاب لانه لم يثبت له حق يبطله الآخر بلا معارض اقوى لان الثابت له بعد الايجاب حق التملك والموجب هو الذي اثبت له هذه الولاية فله ان يرفعها كعزل الوكيل ولو سلم فلا يعارض حق التملك حقيقة الملك فلو لم يجز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك ودلالة الاجماع تنفيه الا يرى ان للاب حق التملك لمال ولده عند الحاجة وقبل تملكه بالفعل كان للولد ان يتصرف فيه كيف شاء ولو صادف ايجاب البائع قبول المشتري بطل واورد في الكافي الزكوة المعجل ليس له حق استرداده لثبوت حق التملك للفقير وحاصل جوابه ان الاصل الموجب للدفع قائم وهو النصاب وانما الغائب وصفه وهو النماء وبعد اخذ السبب حكمه تم الامر وفيما نحن فيه لم يوجد الاصل بل شطره فلا يكون البيع موجودا وله ان يقبل ما دام المجلس قائما فان لم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينعقد فاختلافه باعتراض ما يدل على الاعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه ما لو قام احدهما فلم يذهب فظاهر الهداية وعليه مشى جمع انه لا يصح القبول بعد ذلك واليه ذهب قاضي خان حيث قال فان قام احدهما بطل يعني الايجاب لان القيام دليل الاعراض فان قيل الصريح اقوى من الدلالة فلو قال بعد القيام قبلت ينبغي ان لا يثبت الاعراض قلنا الصريح انما كان اقوى ويعمل اذا بقي الايجاب بعد قيامه وهنا لم يبق فان الاصل ان لا يبقى اللفظ بعد الفراغ منه ولا يجتمع قوله قبلت به الا ان للمجلس اثرا في جمع المتفرقات وبالقيام لا يبقى المجلس وقال شيخ الاسلام في شرح الجامع اذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح واليه اشير في جمع التفاريق وهذا شرح في قوله فيما ياتي وايهما قام الى آخره وعلى اشتراط اتحاد المجلس ما اذا تبايعا وهما يمشيان او يسيران ولو كانا على دابة واحدة فاجاب الآخر لا يصح لاختلاف المجلس في ظاهر الرواية واختار غير واحد كالطحاوي وغيره انه ان اجاب على فور كلامه متصلا جاز وفي الخلاصة عن النوازل اذا اجاب بعدما مشى خطوة او خطوتين جاز ولا شك انهما اذا كانا يمشيان مشيا متصلا لا يقع الايجاب الا في مكان آخر بلا شبهة ولو كان المخاطب في صلوة فريضة ففرغ منها واجاب صح وكذا لو كان في نافلة فضم الى ركعة الايجاب الاخرى ثم قبل بخلاف ما لو اكملها اربعا وفي يده كوز فشرب ثم اجاب جاز وكذا لو اكل لقمة لا يتبدل المجلس الا اذا اشتغل بالاكل ولو ناما جالسين لا يختلف ولو مضطجعين او احدهما فهي فرقة والسفينة كالبيت فلو عقدا وهي تجري فاجاب الآخر لا ينقطع المجلس بجريانها لانهما لا يملكان ايقافها وقيل يجوز في الماشيين ايضا ما لم يتفرقا بذاتيهما اما السير بلا فرق فلا وهكذا في خيار المخيرة بخلاف سجدة التلاوة ولو قال بعتك بالف ثم قال لآخر بعتك بالف فقبلا فهو للثاني لا للاول ولو قال بعتكه بكذا فلم يقبل حتى قام البائع في حاجته بطل **قوله** والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة فصورة الكتاب ان يكتب اما بعد فقد بعت عبدي منك بكذا فلما بلغه وفهم ما فيه قال قبلت في المجلس انعقد والرسالة ان يقول اذهب الى فلان وقل ان فلانا باع عبده فلانا منك بكذا فجاء فاخبره فاجاب في مجلسه ذلك بالقبول وكذا اذا قال بعت عبدي فلانا من فلان بكذا فاذهب يا فلان فاخبره فذهب فاخبره فقبل وهذا لان الرسول ناقل

وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضاء الآخر بتفرق الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنىً وايّهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا

فاما قبل يتصل لفظه بلفظ الموجب حكما فلو بلغه بغير امره لم يجز لانه ليس رسولا بل فضوليا ولو كان قال بلغه يا فلان فبلغه غيره فقبل جاز ولو كان المكتوب بعينه بكذا فكتب بعتكه لا يتم ما لم يقل الاول قبلت واما ما ذكر في المبسوط لو كتب اليه بعني بكذا فقال بعته يتم البيع وليس مراد محمد هنا من هذا سوى الفرق بين النكاح والبيع في شرط الشهود لا بيان اللفظ الذي ينعقد به البيع وقبل بالفرق بين الحاضر والغائب فيعني من الحاضر يكون استيناما عادة واما من الغائب بالكتابة فيراد به احد شطري العقد هذا ويصح رجوع الكاتب والمرسل عن الايجاب الذي كتبه وارسله قبل بلوغ الآخر وقبوله سواء علم الآخر او لم يعلم حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم البيع بخلاف ما لو وكل بالبيع ثم عزل الوكيل قبل البيع فباع الوكيل فانه ما لم يعلم الوكيل بالعزل قبل البيع ينفذ عليه وعلى هذا الجواب في الاجارة والهبة والكتابة فاما الخلع والعتق على مال فانه يتوقف شطر العقد في حق المرأة والعبد بالاجماع اذا كانا غائبين على القبول في مجلس بلوغ الخبر بخلاف العكس وهو ان تقول المرأة خالعت زوجي وهو غائب ويقول العبد قبلت عتق سيدي الغائب على الف فانه لا يتوقف بالاجماع وفي النكاح من الخلاف فعند ابي يوسف رح يتوقف وعندهما لا **قوله** وليس له ان يقبل الخ يعني الا ان يرضى الآخر بذلك بعد قبوله في البعض فيكون البيع مما ينقسم الثمن عليه بالاجزاء كعبد واحد او مكيل او موزون فاما اذا كان مما ينقسم الا بالقيمة كثوبين وعبدين لا يجوز وان قبل الآخر ولنتكلم على عبارة الكتاب هذا فانها مما وقع فيها تجاذب فنقول الظاهر من نظم الكلام ان ضمير له في قوله وليس له راجع الى احد المتعاقدين في قوله واذا اوجب احد المتعاقدين البيع او للآخر وحينئذ يكون اعم من البائع والمشتري فمعناه في البائع انه اذا اوجب المشتري البيع بان قال اشتريت هذه الاثواب وهذا الثوب بعشرة فليس للبائع ان يقبل في بعض المبيع من الاثواب والثوب لعدم رضاء الآخر بتفريق الصفقة لانه قد يتعلق غرضه بالجملة بسبب حاجته الى الكل ويعسر عليه تحصيل باقي الاثواب لعينها وبعضها لا تقوم بحاجته فلو الزمناه البيع في البعض انصرف ماله ولم تندفع حاجته وغير ذلك من الامور واما في المشتري فمعناه اذا اوجب البائع البيع فليس للمشتري ان يقبل في بعضه اذ يتضرر بتفريق الصفقة لان العادة ان يضم البائعون الجيد الى الردي ليروجونه فلو الزمناه البيع بقي الردي وذهب ما يروجه فيتضرر بذلك ومعلوم ان القبول في بعض المبيع يكون ببعض الثمن فحذفه المصنف رح للعلم به لكن على هذا لا حاجة لقوله ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن لان ذلك يستفاد من العبارة الاولى بطريق الدلالة فلزم كون الضمير للبائع ولفظ المشتري بالبناء للفاعل لتصحيح كلامه اي وليس للبائع ان يقبل في بعض المبيع الذي اوجب فيه المشتري البيع ولا ان يقبل المشتري في بعض المبيع فيما اذا كان الموجب هو البائع والحاصل ان عدم صحة القبول في البعض للزوم تفريق الصفقة فيجب ان يعرف بماذا تثبت اتحادها وتفريقها فاعلم انه تارة يكون من تعدد القائل وتارة من غيره فاما من تعدد القائل امتناعه لما فيه من الزام الشركة مثاله ان يقول البائع للمشتريين بعتكما هذا بالف فقال احدهما اشتريت دون الآخر تعددت فلا يلزم لانه لو تم في النصف لانه انما خاطبهما بالكل فكان مخاطبا كلا بالنصف فلو لزم صار شريكا للبائع فادخل عليه عيب الشركة بلا رضاه وكذا لو قال رجل لمالكي عين اشتريت منكما هذه بالف فباعه احدهما دون الآخر فان بيعه انما يتم في نصيبه فتعددت فلما تم تضرر المشتري الموجب بالشركة ايضا واما اذا كان الموجب اثنين خاطبا واحدا فقالا بعناك واشترينا منك هذا بكذا فاجاب هو في بعضه لا يلزم لكن لا للتعدد بتعدد العاقدين بل لاجابته في البعض الا ترى ان الموجب فيهما لو كان واحدا والباقي بحاله كان من تعدد الصفقة ايضا فعرف ان هذا من جهة آخر اي من تعدد العاقد واما من غيره فبصورتين احدهما ان يوجب البائع في مثلين او واحد قيمي او مثلي فيقبل في البعض او يوجب المشتري فيما ذكرنا بان يقول اشتريت منك بكذا فقبل البائع في البعض فان في كل منهما الصفقة واحدة فاذا قبل في بعضها فرقها فلا يصح فلو كان بين ثمن كل منها فلا يخلو اما ان يكون بلا تكرار لفظ البيع او بتكراره فيما اذا كرره فالاتفاق على انه صفقتان فاذا قبل في احدهما يصح مثل ان يقول بعتك هذين العبدين بعتك هذا بالف وبعتك هذا بالف

واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي رح يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبائعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان في الفسخ ابطال حق الغير فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبائعان حالة المباشرة لا بعدها او يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الاقوال

او اشتريت منك هذين اشتريت هذا بالف وهذا بالف كذا في موضع وفي موضع ان يقول بعتك هذين بعتك هذا بالف وهذا بالفين وفيما اذا لم يكرر مثل بعتك هذين هذا بمائة وهذا بمائة فظاهر الهداية انه صفقتان وبه قال بعضهم وقال آخرون صفقة واحدة وان مراد صاحب الهداية اذا كرر لفظ البيع فاما اذا لم يكرره وقد اتحد الايجاب والقبول والعاقد ولم يتعدد الثمن فالصفقة واحدة قياسا واستحسانا فليس له ان يقبل في احدهما وقيل الاول استحسان وهو قول ابي حنيفة رح والثاني قياس وهو قولهما والوجه الاكتفاء بمجرد تفريق الثمن لان الظاهر ان فائدته ليس الا قصد بان يبيع منه ايهما شاء والا فلو كان غرضه ان لا يبيعهما منه الا جملة لم تكن فائدة لتعيين ثمن كل منهما **قوله** واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب وعدم رؤية وهو قول مالك رح وقال الشافعي واحمد رح لهما خيار المجلس لقوله عليه الصلوة والسلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا او يكون البيع خيارا رواه البخاري من حديث ابن عمر رض قال قال النبي صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا او يقول احدهما لصاحبه اختر وروى البخاري ايضا من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه عنه عم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا السمع والقياس اما السمع فقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود وهذا عقد قبل التخيير وقوله تعالى لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وبعد الايجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض غير متوقف على التخيير وقوله تعالى واشهدوا اذا تبايعتم امر بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد للبيع والبيع يصدق قبل الخيار بعد الايجاب والقبول فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان ابطالا لهذه النصوص ولا مخلص له من هذا الا ان يمنع تمام العقد قبل الخيار ويقول العقد اللزوم يعرف شرعا وقد اعتبر الشرع في كونه ملزما اختيار الرضا بعد الايجاب والقبول بالاحاديث الصحيحة وكذا لا تتم التجارة عن التراضي الا شرعا فانما اباح الاكل بعد الاختيار لاعتباره في التجارة عن تراض واما حديث حبان بن منقذ رح حيث قال له النبي صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار فقد اثبت له اشتراط خيار آخر وهو ثلاثة ايام فانما يدل على ان خيار ثلاثة ايام لا يثبت الا باشتراط في صلب العقد لا اصل الخيار ولا مخلص الا بتسليم امكان اعتبار الخيار في لزوم العقد وادعاء انه غير لازم من الحديث المذكور كما فعل المص بناء على ان حقيقة المتبايعين المتشاغلان بامر البيع لا من تم البيع بينهما وانقضى لانه مجازة والمتشاغلان يعني المتساومين يصدق عند ايجاب احدهما قبل قبول الآخر فيكون ذلك هو المراد وهذا هو خيار القبول وبهذا حمل ابراهيم النخعي لا يقال هذا ايضا مجاز لان قبل قبول الآخر الثابت بائع واحد لا متبائعان لانا نقول هذا من المواضع التي تصدق الحقيقة فيها بجزء من معنى اللفظ كالمخبر لا حقيقة له الا حال التكلم بالخبر والخبر لا يقوم به دفعة لتصدق حقيقته حال قيام المعنى بل على التعاقب في اجزاء فبالضرورة يصدق مخبر حال النطق ببعض حروف الخبر والا لا يتحقق له حقيقة ولان نفهم من قول القائل زيد وعمرو هناك يتبايعان على وجه التبادر انهما متشاغلان بامر التبايع من اوضان فيه فليكن هو المعنى الحقيقي والحمل على الحقيقي متعين فيكون الحديث دليل اثبات خيار القبول لنفي توهم انهما اذا اتفقا على الثمن وتراضيا عليه ثم اوجب احدهما البيع يلزم الآخر من غير ان يقبل ذلك اصلا للاتفاق والرضى السابق في الزامه بكلام احدهما بعده قال المصرح او يحتمل فيحمل عليه جمعا بين ما ذكرنا من الآيات حيث كان المتبادر الى الفهم فيها تمام البيع والعقد والتجارة عن تراض بمجرد الايجاب والقبول وعدم توقف الاسماء على امر آخر لا يقال اي نافي خيار القبول خيار احد المتبايعين وهو الثاني القائل لا خيار لهما لانه ممنوع بل الموجب ايضا له خيار ان يرجع قبل قبول الآخر وان لا يرجع وعلى هذا فالتفرق الذي هو غاية قبول الخيار تفرق الاقوال وهو ان يقول الآخر بعد الايجاب اشتريت او يرجع الموجب قبل القبول واسناد التفرق الى الناس مرادا به تفرق اقوالهم كثير في الشرع والعرف قال الله تعالى وما تفرق الذين اوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة

قال والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل

وقال صلى الله عليه وسلم افترقت بنو اسرائيل على ثنتين وسبعين فرقة وستفترق امتي على ثلاث وسبعين فرقة ح فيراد باحدهما في قوله او بقولها احدهما لصاحبه اختر الموجب بقوله بعد ايجابه للآخر اختر القبول او لا والاتفاق على انه ليس بمراد ان بمجرد قوله اختر لا يلزم البيع بل حتى يختار البيع بعد قوله اختر فكذا في خيار القبول والله سبحانه اعلم واما القياس فعلى النكاح والخلع والعتق على مال والكتابة كل منها عقد معاوضة يتم بلا خيار المجلس بمجرد اللفظ الدال على الرضا فكذا البيع واما ما يقال تعلق حق كل من المتعاقدين ببدل الآخر فلا يجوز ابطاله بغير رضاه فيرد بمنعه بان ذلك بالشرع والشرع نفاه الى غاية الخيار بالحديث وانما يرجع الكلام فيه الى ما ذكرنا من معنى المتبايعين واما ما قيل حديث التفرق رواه مالك ولم يعمل به فلو كان المراد ذلك لعمل به فغايته في النصف اذ ترك العمل به ليس حجة على مجتهد غيره بل مالك عنه محجوج به **قوله** والاعواض المشار اليها سواء كانت مبيعات كالحبوب والثياب او اثمانا كالدراهم والدنانير لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع فاذا قال بعتك هذه الصبرة من الحنطة او هذه الكورجة من الارز والشاشات وهي مجهولة العدد بهذه الدراهم التي في يدك وهي مرئية له فقبل جاز ولزم لان الباقي جهالة الوصف يعني القدر وهو لا يمنع من التسلم والتسليم المعجلة لجهالة القيمة لا تمنع الصحة وفي الفتاوى من قال لغيره لك في يدي ارض خربة وليس لها شيء فبعها مني بستة دراهم فباعها وهو لا يعلم وقيمتها اكثر جاز البيع بخلاف السلم لا يشار للعوض فيه للاجل فلا يصح في المسلم فيه اتفاقا ولا في راس مال السلم اذا كان مكيلا او موزونا عند ابي حنيفة رح لما يجيء ثم المسألة مقيدة بغير الاموال الربوية وبالربوية اذا قوبلت بغير جنسها اما الربوية اذا قوبلت بجنسها كالحنطة بالحنطة والذهب بالذهب فلا يصح مع الاشارة اليها لاحتمال الربوا واحتمال الربوا مانع كحقيقة الربوا شرعا والتقييد بمقدارها في قوله لا يحتاج الى معرفة مقدارها احتراز عن الصفة فانه لو اراه دراهم وقال اشتريته بهذه فوجدها زيوفا او نبهرجة كان له ان يرجع بالجياد لان الاشارة الى الدراهم كالتنصيص عليها وهو ينصرف الى الجياد ولو وجدها ستوقة او رصاصا فسد البيع وعليه القيمة ان كان اتلفها ولو قال اشتريتها بهذه الصبرة من الدراهم فوجد البائع ما فيها خلاف نقد البلد جاز ولا خيار للبائع بخلاف ما لو قال اشتريت بما في هذه الخابية ثم راى الدراهم التي كانت فيها كان له الخيار وان كانت نقد البلد لان الصبرة يعرف مقدار ما فيها من خارجها وفي الخابية لا يعرف ذلك من الخارج فكان له الخيار ويسمى هذا الخيار خيار الكمية لا خيار الرؤية لان خيار الرؤية لا يثبت في النقود **قوله** والاثمان المطلقة اي عن قيد الاشارة لا تصح حتى تكون معلومة القدر كخمسة وعشرة دراهم او اكرار حنطة بخلاف ما لو اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا فانه ليس عوضا مشارا اليه فان المشار اليه الحجر ولا يعلم قدر حجمه ما يوزن به من الذهب فلهذا اذا اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا فوزن به كان له الخيار ومما لا يجوز البيع به البيع بقيمته او بما حل به او بما تريد او تحب او برأس ماله او بما اشتراه او بمثل ما اشترى فلان فلا يجوز فان علم المشتري بالقدر في المجلس فرضيه عاد جائزا وكذا لا يجوز بالف درهم الا دينارا او بمائة دينار الا درهما وكذا لا يجوز بمثل ما يبيع الناس الا ان يكون شيئا لا يتفاوت كالخبز واللحم والصفة كعشرة دراهم بخارية او سمرقندية وكر حنطة بحرية او صعيدية وهذا لانها اذا كانت مجهول الصفة تحقق المنازعة في وصفها فالمشتري يريد دفع الادون والبائع يطلب الارفع فلا يحصل مقصود شرعية العقد وهو دفع الحاجة بلا منازعة واعلم ان الاعواض في البيع اما دراهم او دنانير فهي ثمن سواء قوبلت بغيرها او بجنسها وتكون صرفا واما اعيان ليست بكيلية ولا موزونة فهي مبيعة ابدا ولا يجوز فيها البيع الا عينا الا فيما يجوز فيه السلم كالثياب وكما تثبت الثياب مبيعا في الذمة بطريق السلم تثبت دينا مؤجلا في الذمة على انها ثمن وح يشترط الاجل لا لانها ثمن بل لتصير ملحقة بالسلم في كونها دينا في الذمة فلذا قلنا اذا باع عبدا بثوب موصوف في الذمة الى اجل جاز ويكون بيعا في حق العبد حتى لا يشترط

قال ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع وعنه عليه السلام انه اشترى من يهودي طعاما الى اجل ورهنه درعه ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة عن التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها قال ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لانه المتعارف وفيه التحري للجواز فيصرف اليه فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد الا ان يبين احدها وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان او يكون احدها اغلب واروج فحينئذ يصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيع اذا اطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف الى ما قدر به من اي نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية

قبضه في المجلس بخلاف ما لو اسلم الدراهم في الثوب حتى شرط فيه الاجل وامتنع بيعه قبل قبضه لالحاقه بالمسلم فيه او مكيل او موزون او عددي متقارب كالبيض فان قوبلت بالنقود فهي مبيعات او بامثالها من المثاميات فما كان موصوفا في الذمة فهو ثمن وما كان معينا فمبيع فان كان كل منهما معينا فما صحبه حرف الباء او لفظ على ان كان ثمنا والآخر مبيعا وقال خواهرزاده رح في شهادات الجامع المكيل والموزون اذا لم يكن معينا فهو ثمن دخل عليه حرف الباء او لم يدخل فلذا لو قال اشتريت منك كذا حنطة بهذا العبد لا يصح الا بطريق السلم فيجب ان يضرب الاجل للحنطة واعلم ان التقدير المشروط قد يكون عرفا كما يكون نصا في الفتاوى ولو قال اشتريت منك هذا الثوب او هذه الدار او هذه البطيخة بعشرة ولم يقل دنانير او دراهم ان كان في البلدان يتبايع الناس بالدنانير والدراهم والفلوس ينعقد البيع في الدار بعشرة دنانير وفي الثوب بعشرة دراهم وفي البطيخة بعشرة افلس وان كان في بلد لا يتبايع الناس بهذه الجملة ينصرف الى ما يتبايع الناس بذلك النقد انتهى وحاصل هذا انه اذا صرح بالعدد فتعيين المعدود من كونه دراهم او دنانير او فلوسا يثبت على ما يناسب البيع ولو وقع شك فيما يناسب وجب ان لا يتم البيع **قوله** ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع والثمن مؤجل بيع وفي صحيح البخاري عن عائشة رضي الله عنها اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما من يهودي الى اجل ورهنه درعا من حديد وفي لفظ الصحيحين طعاما بنسيئة وقد سمي هذا اليهودي في سنن البيهقي اخرجه عن جابر انه عم رهن درعا عند ابي الشحم رجل من بني ظفر في شعير ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان جهالته تفضي الى المنازعة في التسلم والتسليم فهذا يطالبه في قريب المدة وذلك في بعيدها ولانه عليه الصلوة والسلام في موضع شرط الاجل وهو السلم اوجب فيه التعيين حيث قال من اسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم وعلى كل ذلك انعقد الاجماع واما البطلان فيما اذا قال بعتكه بالف حالا وبالفين الى سنة فلجهالة الثمن ومن جهالة الاجل ما اذا باعه بالف على ان يؤدي اليه الثمن في بلد آخر ولو قال الى شهر على ان يؤدي الثمن في بلد آخر جاز بالف في شهر ويبطل شرط الايفاء في بلد آخر لان تعيين مكان الايفاء مما حمل له ولا مؤنة لا يصح فلو كان له حمل ومؤنة صح ومنه على قول محمد رح اذا باعه على ان يدفع اليه المبيع قبل ان يدفع الثمن فان البيع فاسد لان محمدا رح علله بتضمنه اجلا مجهولا حتى لو سمى الوقت الذي يسلم اليه فيه المبيع جاز البيع واما ابو يوسف رح فانما علله بالشرط الذي لا يقتضيه العقد **قوله** ومن اطلق الثمن في البيع اي اطلقه عن ذكر الصفة بعد ذكر القدر والعدد بان قال عشرة دراهم مثلا انصرف الى غالب نقد البلد لانه هو المتعارف فينصرف المطلق اليه فان كان اطلاق اسم الدراهم في العرف يختص بجامع وجود دراهم غيرها فهو تخصيص الدراهم بالعرف القولي وهو من افراد تلك الحقيقة بدلالة العرف واذا كان التعامل بها في الغالب كان من تركها بدلالة العادة وكل منهما واجب تحريا للجواز وعدم اهدار كلام العاقل فان كانت النقود مختلفة المالية كالذهب الاشرفي والناصري بمصر لكنهما في الرواج سواء فالبيع فاسد لعدم امكان الصرف الى احدهما بعينه دون الآخر لما فيه من التحكم عند التساوي في الرواج واذا لم يمكن الصرف الى احدها والحالة انها متفاوتة المالية جاءت الجهالة المفضية الى النزاع لان المشتري يريد دفع الانقص مالية والبائع يريد الاعلى فيفسد البيع الا ان ترتفع الجهالة ببيان احدهما في المجلس وبرضاء الآخر لارتفاع المفسد قبل تقرره وصار كما لو قال الدائن لمديونه بعني هذا الثوب ببعض العشرة التي لي عليك وبعني الآخر بباقي العشرة فقال نعم كان صحيحا لعدم افضاء جهالة الثمن الاول الى المنازعة لضم البيع الثاني اليه اذ به يصير ثمنهما عشرة وهذا محمول على قبول الآخر

قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ولان الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم فشابه جهالة القيمة

بعد قول المديون نعم ونحن وان كانت مختلفة المالية والرواج معا فالبيع صحيح وينصرف الى الاروج للوجه الذي تقدم من وجوب العمل للعرف والعادة وكذا اذا كانت متساوية المالية والرواج يصح البيع ويودي من ايهما شاء لانه لافضل لاحدهما فلو طلب البائع احدهما بعينه كان للمشتري ان يعطيه من النصف الآخر لان الامتناع عن قبض ما اعطاه المشتري مع انه لافضل للآخر عليه ليس فيه الا التعنت وبهذا قلنا الدراهم والدنانير لاتتعين حتى لو اراه درهما اشترى به فباعه ثم حبسه واعطاه درهما آخر جاز يعني اذا كانا متحدي المالية والثنائي والثلاثي اسمار دراهم كانت ببلادهم مختلفة المالية وكذا الركني والخليفتي في الذهب كان الخليفتي افضل مالية عندهم والعدالي اسم لدرهم **قوله** ويجوز بيع الطعام وهي الحنطة ودقيقها خاصة في العرف الماضي كما يدل عليه حديث الفطرة كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام او صاعا من شعير فقوله والحبوب عطف العام على الخاص ويقدر وكذا باقي اي وباقي الحبوب فلا يتناول الطعام مكايلة اي بشرط عدد من الكيل والافنى اللغة المكايلة ان تكيل له ويكيل لك ومجازفة اي بلاكيل ولا وزن بل باراءة الصبرة والجزف في الاصل الاخذ بكثرة من قولهم جزف له في الكيل اي اذا اكثر ومرجعه الى المساهلة قال المصنف وهذا يعني البيع مجازفة مقيد بغير الاموال الربوية اذا بيعت بجنسها فاما الاموال الربوية اذا بيعت بجنسها فلا يجوز مجازفة لاحتمال الربوا وهو مانع كحقيقة الربوا وهذا ايضا مقيد بما يدخل تحت الكيل منها وما لا يدخل كحفنة بحفنتين فيجوز وفي الفتاوى الصغرى عن محمد انه كره التمرة بالتمرتين فقال ما حرم في الكثير حرم في القليل والقيد يتقيد ايضا بما اذا باع غير الحبوب من الربويات بجنسها كفة بكفة فانه لايخرج عن المجازفة بسبب انه لايعرف قدره ومع ذلك لو باع الفضة كفة ميزان بكفة ميزان جاز لان المانع انما هو احتمال الربوا وهو باحتمال التفاضل وهو منتف فيما اذا وضع صبرة فضة في كفة ميزان ووضع مقابلتها فضة حتى وزنتها فيجوز والحديث الذي ذكره ذكره بمعناه وهو ما روى اصحاب الكتب الستة الا البخاري عنه عليه السلام انه قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد ولان هذه الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم لتعجل التسليم على ما تقدم فلا يمنع فشابه جهالة القيمة للمبيع بعد رويته ومشاهدته فانه لو اشترى من انسان ما يساوي مائة درهم والبائع لايعلم قيمته ما باع لزم البيع ويجوز باناء بعينه لايعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لايعرف مقداره وقد قيد الاناء بكونه مما لايحتمل الزيادة والنقصان كان يكون من خشب او حديد اما اذا كان يحتمل كالزنبيل والجوالق فلا يجوز وعلى هذا بيع ملء قربة بعينها او راوية من ماء النيل عن ابي حنيفة انه لايجوز لان الماء ليس عنده ولايعرف قدر القربة لكن اطلق في المجرد جوازه ولابد من اعتبار القرب المتعارفة في البلد مع غالب السقائين ولو ملأها باصغر منها لايقبل وكذا رواية منه يوفيه في منزله وعن ابي يوسف رح اذا ملأها ثم تراضيا جاز كما لو قالوا باع الحطب ونحوه احمالا لايجوز ولو حمله على الدابة ثم باع الحمل جاز لتعيين قدر المبيع في الثاني وفي الخلاصة اشترى كذا كذا قربة من ماء الفرات جاز استحسانا اذا كانت القربة معينة وعن ابي يوسف رح ايضا يجوز في القرب مطلقا وفي المحيط بيع الماء في الحياض والآبار لايجوز الا اذا جعله في وعاء ووجه في المبسوط مسئلة الكتاب بان في المعين مجازفة فيجوز فبمكيال غير معروف اولى وفيه نظر فان في المجازفة الاشارة الى عين المبيع ثابتة لتفيد الاحاطة لمقدار جرمه واقطاره ومثل هذا التمييز لايحصل بما في كيل غير معلوم قبل ان يغيب فالاولوية منتفية بلا شك والوجه يقتضي ان يثبت الخيار اذا كال به او وزن للمشتري كما في الشراء بوزن هذا الحجر ذهبا نص في جمع النوازل على ان فيه الخيار اذا علم به ومعلوم ان ذكر بالوزن وفي جمع التفاريق عن محمد رح جواز الشراء بوزن هذا الحجر وفيه الخيار وينبغي

قال ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلافه في السلم لان التسليم فيه متاخر والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في البيع ايضا والاول اصح واظهر

ان يكون هذا محمل الرواية عن ابي حنيفة رح ان لا يجوز في البيع ايضا كما لا يجوز في السلم فقوله لا يجوز اي لا يلزم قال المصنف والاول اصح اي من جهة الرواية واظهر اي من حيث الوجه المذكور في الكتاب وحاصله ان الجهالة وان كانت ثابتة لكنها لا تفضي الى المنازعة وهي المانعة وذلك لانه يتعجل فيندر هلاكه بخلاف السلم لا يتعجل فيهلك ذلك الكيل والحجر فيتعذر تسليم المسلم ولا يخفى ان هذا الوجه لا ينفي ثبوت الخيار واقرب الامور الى ما نحن فيه قول ابي حنيفة رح في المسئلة التي حل هذه وهي ما اذا باع صبرة على كل قفيز بدرهم انه اذا كان في المجلس حتى عرف المقدار صح ويثبت الخيار للمشتري كما اذا راه ولم يكن راه مع ان الفرض انه راى الصبرة قبل الكيل ووقعت الاشارة اليها لكن هذه الرواية اتم وصار كما اذا راى الدهن في قارورة زجاج فانه يثبت الخيار بعد صبه هذا وقد روي عن ابي يوسف رح اشتراط كون ما يوزن به لا يحتمل النقصان حتى لا يجوز بوزن هذه البطيخة ونحوها لانها تنتقص بالجفاف وعول بعضهم على ذلك وليس بشيء فان البيع بوزن حجر بعينه لا يصح الا بشرط تعجيل التسليم ولا جفاف يوجب نقصا في ذلك الزمان وما قد يفرض من تاخره يوما او يومين ممنوع بل لا يجوز ذلك كما لا يجوز الاسلام في وزن ذلك الحجر لخشية الهلاك فيتعذر التسليم وتقع المنازعة المانعة منه والفرض ان اقل مدة السلم ثلاثة ايام ولا شك ان تاخر التسليم فيه الى مجلس آخر يفضي الى المنازعة لان هلاكه ان ندر فاختلاف ذاته تزاد غير مجرد التهمة فيه فليس بنادر وكل العبارات تفيد تقييد صحة البيع في ذلك بالتعجيل كما في عبارة المبسوط حيث قال لو اشترى بهذا الاناء يدا بيد فلا باس به ثم ان في المتعين البيع مجازفة يجوز فبكيال غير معروف اولى وهذا لان التسليم عقيب البيع الى آخر ما ذكره وتقدم النظر في الاولوية هذا واورد على التعليل بان الجهالة لا تفضي الى المنازعة ما اذا باع عبدا من اربعة ياخذ المشتري ايهم شاء او باع باي ثمن شاء فالبيع باطل مع انه لا تفضي الى المنازعة اجيب بان المبطل في المورد معنى آخر وهو عدم المبيع والثمن لا الجهالة وكان مقتضاه انه لا يجوز في عبد من ثلاثة لكن جاز على خلاف القياس كما سياتي ولا شك ان القياس ما عن ابي حنيفة رح في القربة من ماء النيل فانه كبيع الطير قبل ان يصطاده كما لو باعه كرا من حنطة وليس في ملكه حنطة صرح به بانه لا يجوز الا ان يكون سلما واما الاستحسان الثابت بالتعامل فمقتضاه الجواز بعد ان يسمي نوع القربة في ديارنا المصرية اذا لم تكن معينة مثل قربة كساقية او سقاوية او رواسية كبيرة ثم بعد ذلك التفاوت يسير اهدر في الماء ونظير ما نحن فيه ما اذا باع حنطة مجموعة في بيت او مطمورة في الارض والمشتري لا يعلم مبلغها ولا منتهى حفر الحفيرة ان له الخيار اذا علم ان شاء اخذها بجميع الثمن وان شاء ترك وان كان يعلم منتهى المطمورة ولا يعلم مبلغ الحنطة جاز ولا خيار له الا ان يظهر تحتها دكان اي صفة ونحوها كذا في فتاوى القاضي وعن ابي جعفر رح باعه من هذه الحنطة قدر ما يملأ هذا الطشت جاز ولو باعه قدر ما يملأ هذا البيت لا يجوز وفي الفتاوى بعت منك ما لي في هذه الدار من الرقيق والدواب والثياب والمشتري لا يعلم ما فيها فهو فاسد لجهالة المبيع ولو قال ما في هذا البيت جاز وان لم يعلم به لان الجهالة يسيرة واذا جاز في البيت جاز في الصندوق والجوالق ولو قال بعت منك نصيبي من هذه الدار فشرط الجواز علم المشتري بنصيبه دون علم البائع وتصديق البائع فيما يقول ولو اشترى موزونا باناء على ان يفرغه فيزن الاناء فيحط قدر وزنه من الثمن جاز وكما تمنع الجهالة السابقة كذلك اللاحقة قبل التسليم فلذا اختلفوا فيما اذا باع الجمد الكائن في المجمدة قيل لا يجوز حتى يسلم اولا ثم يبيع والاصح جوازه مطلقا وهو اختيار الفقيه ابي جعفر رح اذا اسلمه قبل ثلاثة ايام ولو سلم بعدها لا يجوز لانها تذوب في كل ساعة وهو وجه في منع قبل التسليم غير ان النقص قليل قبل الايام الثلاثة غير معتبرة فلذا اهدر وجاز وقيل انه يختلف باختلاف الصيف والشتاء وغلاء الجمد ورخصه فينظر الى بعده الناس كثير الحسب الاوقات فيجوز اذا اسلمه قبل وسياتي من هذا الباب شيء

قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع فی قفیز واحد عند ابی حنیفة رح الا ان يسمى جملة قفزانها وقالا يجوز فی الوجهين له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان او بالكيل فی المجلس وصار هذا كما لو اقر وقال لفلان على كل درهم فعليه درهم واحد بالاجماع ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشتری بالخيار ثم اذا جاز فی قفیز واحد عند ابی حنیفة رح فللمشتری الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كيل فی المجلس او سمى جملة قفزانها لانه علم بذلك الآن فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع

فی خيار الرؤية ان شاء الله تعالى **قوله** ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع فی قفیز واحد عند ابی حنیفة رح يعنی ان موجب هذا اللفظ والاشارة ايجاب البيع فی واحد عنده ويتوقف فی الباقی الى تسمية الكل فی المجلس او كيله فيه فيثبت ح على وجه يكون الخيار للمشتری فان رضی به لزم البيع على البائع وان لم يرض او يتوقف على قبوله الخيار وروى ابو يوسف رح عن ابی حنیفة انه لا يجوز الا بتراضيهما وروى محمد خلافه حتى لو فسخ البائع البيع بعد الكيل ورضی المشتری باخذ الكل لا يعمل فسخه وقال ابو يوسف ومحمد صح البيع فی الكل وهو قول الائمة الثلاثة ثم اذا جاز فی قفیز واحد فللمشتری فيه الخيار لتفرق الصفقة عليه دون البائع لان التفريق جاء من قبله بسبب عدم تسمية جملة القفزان له انه تعذر صرف البيع الى الكل لجهالة المبيع والثمن ولا جهالة فی القفيز فلزم فيه فاذا زالت بالتسمية او الكيل فی المجلس يثبت الخيار كما اذا ارتفعت بعد العقد بالرؤية اذ المؤثر فی الاصل ارتفاع الجهالة بعد لفظ العقد وكونه بالرؤية اتفاقی بخلاف ما اذا علم ذلك بعد المجلس لتقرر المفسد وما فی المحيط عن بعض المشائخ ان عنده يصح فی الكل وان علم بعد المجلس بعيد لان ما فی المجلس كالثابت فی صلب العقد بخلاف ما بعده ولا يلزم اسقاط خيار اربعة ايام بعد المجلس وكذا زوال جهالة الاجل المجهول بعدما حيث يجوز العقد بزوال المفسد بعد المجلس لان المفسد فيما لم يتمكن فی صلب العقد فلا يتقيد رفع المفسد بالمجلس وهذا لان الفساد فيهما لا يظهر فی الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداد الاجل ولهما ان الجهالة وان كانت ثابتة لكنها لا تفضی الى المنازعة لان بعد العلم بان كل قفيز بدرهم لا يتفاوت الحال بين كون القفزان كثيرا او قليلا واجاب بان المفسد هنا جهالة الثمن كمية خاصة وقدر العدم الاشارة ولا معرف له شرعا غير ذلك وانا الجواب بمنع كونها غير مفضية الى المنازعة لان البائع قد يطالب المشتری بتسليم الثمن وهو لا يقدر على ذلك لعدم معرفة قدره فيثبت المنازعة فيهما ظاهر لانه لا يتصور ان يطالبه الا بعد ان كيله ليعرف القدر الذی يطالبه به اذ لا يمكن ان يطالبه الا بكمية خاصة مشار اليها او مضبوطة الوزن فح يعلمها المشتری فيقدر على التسليم ولو امتنع بعد هذا بالتقدير كان مثلا للمنازعة المفسدة اما ان هذه جهالة بيدهما ازالتها بان يكيلا فی المجلس والجهالة التی هی كذلك لا تفضی الى المنازعة كبيع عبد من عبدين او ثلاثة على ان المشتری بالخيار يأخذ ايهما شاء ورد على نقض اجمالی لو صح ما ذكر من ان الجهالة التی بيدهما ازالتها غير مانعة من الصحة لزم صحة البيع بالرقم عندهما وان يجوز بيع عبد من اربعة على ان المشتری مخير فی تعيينه وان يجوز البيع بای ثمن شاء لكن البيع فی الكل باطل اجيب بان البيع بالرقم تمكنت الجهالة به فی صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب الرقم وصار بمنزلة القمار للخطر الذی فيه انه سيظهر كذا او كذا وجوازه اذا علم فی المجلس بعقد آخر هو التعاطی كما قاله الحلوانی بخلاف ما نحن فيه لانه كما يعلم بكيل البائع يعلم بكيل المشتری ومثل هذا القول بالبيع بای ثمن شاء ومثله فی احد العبيد الاربعة فی جانب المبيع فان البيع لا ينعقد فی غير معين فكان بيعا بلا مبيع وكان مقتضى هذا ان لا يجوز فی عبد من ثلاثة الا انه يثبت بدلالة نص شرط الخيار ثلاثة ايام ولا يخفى ان كل اجوبة هذه النقوض تصلح ادلة لابی حنیفة رح فانها تضمنت تسليم ان الجهالة وان كانت بيدهما ازالتها بعد كونها فی صلب العقد وهی ان تكون فی الثمن كالبيع بالرقم وبای ثمن شاء او فی المبيع كبيع عبد من اربعة تمنع جواز البيع وجهالة الثمن على وجه يشبه القمار وعدم العلم به مع امكان ازالتها ثابت فی محل النزاع اذ اجاز ان يظهر كونه مائة او خمسين الا بكيل احدهما وكون ذلك بكيل كل منهما وفی الرقم يظهر بالبائع فقط لا اثر له من دفع منع الخطر والتمكن فی صلب العقد وهو المفيد واذا فسد البيع فی عبد من اربعة والجهالة فی مضبوط لانحصارها فی الاحتمالات اربعة

[illegible] ... مقتضى [illegible]

[illegible] ... التفاوت [illegible]

قال [illegible] ... الخيار ان شاء اخذ الوجه بحصته من الثمن وان شاء فسخ [illegible]

[illegible] ... المشتري بالخيار ان شاء [illegible]

[illegible] ... الحنطة [illegible]

[illegible] ... في مسئلة الاجل [illegible]

[illegible] ... بعشرة دراهم [illegible]

[illegible] ... الخيار ان شاء [illegible] ... الزيادة [illegible]

لا تتعدا إلى فلان بنفسه. في صبرة لا يقف الاحتمالات في خصوص الثمن على كونه اربع امكانات او عشرة اولى بل ويسجل عليهما ببطلان قياسهما على بيع عبد من عبدين اذ الظاهر من الجواب انه معدول عن القياس ولذا امتنع في اربعة اعبد. فتح مرجح قول ابي حنيفة رح وظاهر ان كون العاقدين بيدهما ازالة الجهالة في صلب العقد من الثمن والمبيع لا يوجب صحة البيع قبل ازالتها بدلالة الاجماع على عدم الصحة في الصور المذكورة مع امكان ازالتها فيهما وغايته اذا ازيلت في المجلس وهما على رضاهما ثبت لعقد التراضي والمعاطاة لا بعين الاول كما ذكر في الرقم بل ولهذه الفروع المذكورة امثال يطول عدها يبطل البيع فيها بجهالة في الثمن او المبيع مع امكان ازالة احد المتعاقدين لها وتاخير صاحب الهداية دليلهما ظاهر في ترجيحه قولهما وهو ممنوع واما ما يحمل قول ابي حنيفة عليه ما ذكر في المبسوط من ان الاصل عنده انه متى اضيفت كلمة كل الى ما لا تعلم نهايته فانما يتناول ادناه لصيانته عن الالغاء كالاقرار بان عليه كل درهم انما يلزمه درهم واحد وكذا اجارة كل شهر بدرهم تلزمه في شهر واحد فلا حاجة بها لانه لو منع صحة هذا الاصل كان اثباته بعين ما ذكر في تعليل المسئلة من ثبوت الجهالة في المجموع والتيقن في الواحد فهو نفسه اصل هذا الاصل فرع اشترى طعاما بغير جنسه خارج المصر وشرط ان يوفيه في منزل من المصر فالعقد فاسد لان المشتري يملكه بنفس العقد فاذا اشترط لنفسه منفعة الحمل فسد ولو كان في المصر وشرط ان يحمله الى منزله فهو فاسد ولو عبر بقوله تشترط ان يوفيه في منزله ففي القياس فاسد وهو قول محمد ويحسن ابو حنيفة وابو يوسف رح جوازه بالعرف فان الانسان يشتري الحطب والشعير على الدابة في المصر ولا يكتري دابة اخرى يحملها عليها بل البائع هو يحمله بخلافه خارج المصر و بعض المشائخ لم يفرقوا بين لفظ الحمل والايفاء في الاستحسان لان المراد منهما واحد واختار شمس الائمة الفرق فان الايفاء من مقتضيات العقد فشرطه ملائم بخلاف الحمل **قوله** ومن باع قطيع غنم الخ لما ذكر الصورة السابقة في المثليات ذكر نظيرها في القيميات فاذا اضاف البيع على الوجه المذكور في الحيوانات بان قال بعتك هذا القطيع كل شاة بدرهم او هذا الثوب كل ذراع بدرهم ولم يبين عدد الغنم ولا الذرعان ولا جملة الثمن فسد في الكل عند ابي حنيفة رح اما اذا سمى احدهما فيصح بالاتفاق بالعلم بتمام الثمن مطابقة او التزاما فيما اذا اقتصر على بيان عدد القطيع عندهما يجوز في الكل لما قلنا من ان الجهالة بيدهما ازالتها وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا من جهالة كل الثمن والفارق كون ارتفاعها بيدهما غير ان الاحاد هنا متفاوتة فلم ينقسم الثمن على الجملة بالاجزاء فتقع المنازعة في تعيين ذلك الواحد فسد في الكل ولهذا لو باع شاة او عشرة من مائة شاة او بطيخة او عشرة من وقر بطيخ كان باطلا واما الجواز فيما اذا عزلها وذهب به البائع ساكت فبالتعاطي على ما قدمنا قال العتابي ان ذلك في ثوب يضره التبعيض اما في الكرباس فينبغي ان يجوز عنده في ذراع واحد كما في الطعام وعلى هذا الخلاف كل معدود متفاوت كحمل البطيخ والبطيخة لفلس والرمان والسفرجل والخشب والاواني والرقيق والابل ولو باع نصيبه من هذا الطعام روى الحسن عن ابي حنيفة رح لا يجوز ان يبيعه بعد ذلك وكذا في الدار وهذا غير لائق باصله المذكور في الخلافية وفي الخلاصة اشترى العنب كل وقر بكذا والوقر عندهم معروف ان كان العنب من جنس واحد يجب ان يجوز في وقر واحد عند ابي حنيفة رح كما في بيع الصبرة كل قفيز بدرهم وان كان العنب اجناسا لا يجوز البيع اصلا عند ابي حنيفة كقطيع الغنم وعندهما يجوز اذا كان جنسا واحدا في كل العنب كل وقر بما قال وكذا اذا كان الجنس مختلفا هكذا اورد الصدر الشهيد والفقيه ابو الليث جعل الجواب بالجواز فيما اذا كان العنب من جنس واحد متفقا عليه وان كان من اجناس مختلفا فيه ثم قال الفقيه والفتوى على قولهما تيسيرا للامر على الناس انتهى وتفريع الشهيد اوجه **قوله** ومن باع صبرة طعام على انها مائة قفيز مثلا بمائة تعلق العقد على ذلك الكيل المسمى

ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رح وقالا هو جائز وان اشترى عشرة اسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة اسهم وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند ابي حنيفة رح بين ما اذا علم جملة الذرعان او لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة

بعينه حتى لو وجدت ناقصة كان للمشتري الخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن لان الثمن ينقسم بالاجزاء على اجزاء المبيع المثلي كيلا او وزنا وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة الواحدة عليه وكذا الخلاف في كل مكيل وموزون وان وجدها زائدة فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار معين ليس له جهة الوصفية فما زاد عليه لم يدخل في العقد فيكون للبائع ولو كان المشتري ثوبا او ارضا على انه عشرة بعشرة او مائة ذراع بمائة فوجد المبيع اقل فان شاء اخذ الموجود بكل الثمن وان شاء ترك وان وجدها زائدة العشرة او المائة كان الكل للمشتري ولو كان قال على انها مائة ذراع مثلا بمائة كل ذراع بدرهم فوجدها اقل فللمشتري الخيار ان شاء اخذ الموجود كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه وان وجدها اكثر فله الخيار ان شاء اخذ الكل كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع واصل هذا ان الذرع في المذروعات وصف لانه عبارة عن الطول فيه لكنه وصف يستلزم زيادة اجزاء فان لم يفرد بثمن كان تابعا محضا فلا يقابل بشيء من الثمن وذلك فيما اذا قال على انها مائة بمائة ولم يزد على ذلك واذا كان تابعا محضا في هذه الصورة والتوابع لا يقابلها شيء من الثمن كاطراف الحيوان حتى ان من اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص شيء من الثمن او اعورت عند المشتري جاز له ان يرابح على ثمنها بلا بيان فعليه تمام الثمن في صورة النقص وانما يتخير لفوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما اذا اشتراه على انه كاتب فوجده لا يحسن الكتابة وله ان الزائد في صورة الزيادة كما اذا باعه على انه معيب فوجده سليما هذا اذا لم يفرد بالثمن فان افرد بالثمن هو ما اذا قال على انها مائة بمائة كل ذراع بدرهم صار اصلا وارتفع عن التبعية فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ولو باعه هذه الرزمة من الثياب على انها مائة ثوب كل ثوب بدرهم فوجدها ناقصة يتخير بين ان ياخذ الاثواب الموجودة بحصتها من الثمن وبين ان يفسخ لتفرق الصفقة فكذا اذا وجد الذرعان ناقصة في هذه الصورة وهذا لانه لو اخذها بكل الثمن لم يكن اخذ كل ذراع بدرهم ولو وجدها زائدة لم يسلم له الزيادة لصيرورته اصلا كما لم يسلم له الثوب المفرد فيما اذا زاد عدد الثياب على المشروط ثم ان كان بينهما فرق فان عدد الثياب اذا زادت فسد البيع للزوم جهالة المبيع لان المنازعة تجري في تعيين الثوب الذي يرد الى البائع بسبب انه اصل من كل وجه اما هذا فالذراع ليس اصلا من كل وجه فيثبت له الخيار بين ان ياخذ الزائد بحصته وبين ان يفسخ لانه وان صح له اخذ الزائد لكنه بغير ملحقه وهو زيادة الثمن ولم يكن يلتزم هذه الزيادة بعقد البيع فكان له الخيار واذا ظهر انهم اعتبروا الطول وصفا تارة واصلا اخرى ولم يعتبروا القدر في المثليات الا اصلا دائما مع ان الطول والعرض ايضا يرجع الى القدر ويمكن ان يجعل القدر وصفا احتيج الى الفرق فقيل لان المثل لا ينقص قيمته بنقصان القدر فان الصبرة الكائنة مائة قفيز لو صارت الى قفيزين في التلة لم ينقص قيمة القفيز بخلاف الثوب والارض الا ترى ان الثوب الذي عادته عشر ثمنه عشرة وهو قدر ما يفصل قباء او جبة كان ثمن اذا قسم على اجزائه يصيب كل ذراع منه مقدار ولو افرد الذراع وبيع بمفرده لم يساو في الاسواق ذلك المقدار بل اقل منه بكثير وذلك لانه لا يفيد الغرض الذي يصنع بالثوب الكامل فعلمنا ان كل جزء مستلزم لغيره كثوب كامل مفرد **قوله** ومن باع عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رح وقالا هو جائز وبه قال الشافعي رح وان اشترى عشرة اسهم من مائة سهم منها جاز في قولهم جميعا ومبنى الخلاف على ان المودى من بيع عشرة اذرع من مائة ذراع معين او شائع فعندهما شائع كانه باع عشر مائة وبيع الشائع جائز اتفاقا كما في بيع عشرة اسهم من مائة سهم وعنده مودا وقدر معين والجوانب مختلفة الجودة فتقع المنازعة في تعيين مكان العشرة عند البيع فلو اتفقوا على ان مودى عشرة اذرع من مائة من هذه الدار شائع

ولو اشترى عدلاً على أنه عشرة أثواب فإذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع أو الثمن ولو بيّن لكل ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند أبي حنيفة رح لا يجوز في فصل النقصان أيضا وليس بصحيح بخلاف ما إذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان فإذا أحدهما مروي حيث لا يجوز فيهما وإن بين ثمن كل واحد منهما لأنه جعل القبول في المروي شرطا للعقد في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا

لم يختلفوا ولو اتفقوا على أنه معين لم يختلفوا فهو نظير اختلافهم في نكاح الصابئية مبني على أنهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم أو لهم كتاب فلو اتفقوا على الثاني اتفقوا على جوازه أو على الأول اتفقوا على عدم الجواز فالشأن في ترجيح المبني فأبو حنيفة رح يقول الذراع اسم لما يذرع به ومعلوم أنه لم يرد بالمبيع عشر من الخشبات التي يذرع بها فكان مستعارا لما يحلها وما يحله معين فكان المبيع معينا مقدار العشرة أذرع بخلاف عشرة أسهم لأن السهم اسم الجزء الشائع فكان المبيع عشرة أجزاء شائعة من مائة سهم وقد يقال إن تعيين جملة ذرعان الدار قرينة على أنه أشار إلى بيع الشائع لأنه به يعرف نسبة العشرة من الكل أنها العشر وإلا فلا فائدة في تعيينه لأن العشرة أذرع لا تتفاوت مقدارها بتعيين الكل وعدمه وقد يقال فائدته لا تتعين في ذلك لجواز أن يرفع به الفساد فإنه بيع عشرة أذرع من ثوب لا يجوز على قول أبي حنيفة رح ولا على قولهما على تخريج طائفة من المشايخ وعلى قول آخرين يجوز لأنها جهالة بيديهما إزالتها فيذرع الكل فيعرف نسبة العشرة وصح هذا بناء على ما تقدم لهما من بيع صبرة بجواز أن يكون العاقد يرى الرأي الأول ولما وضع المسألة في الجامع في عشرة أذرع من مائة ذراع علم أن ما قال الخصاف من أن الفساد عنده فيما إذا لم يعرف جملة الذرعان وأما إذا عرف جملتها فالبيع عنده صحيح غير واقع من جهة الرواية وكذا من جهة الدراية فإن الفساد عنده للجهالة كما قلنا وبمعرفة قدر جملة المبيع لا تنتفي الجهالة عن البعض الذي بيع منه واختلف المشايخ على قولهما فيما إذا باع ذراعا أو عشرة أذرع من هذه الأرض ولم يسم جملتها فقيل على قولهما لا يجوز لأن صحته على قولهما باعتبار أنه جزء شائع معلوم النسبة من الكل وذلك فرع معرفة جملتها والصحيح أنه يجوز لأنها جهالة بأيديهما إزالتها بأن تقاس كلها فيعرف نسبة الذراع أو العشرة منها فيعلم قدر المبيع

قوله ومن باع عدلا صورتها أن يقول بعتك ما في هذا العدل على أنه عشرة أثواب بمائة درهم مثلا ولم يفصل لكل ثوب ثمنا بل قابل المجموع بالمجموع فإذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع في صورة الزيادة لما قررنا من قريب في الفرق بين الثوب والذراع الذي صار أصلا من وجه والثمن في صورة النقصان لأن الثمن لا ينقسم أجزاؤه على حسب أجزاء المبيع القيمي والثياب منه فلم يعلم للثوب الذاهب حصة معلومة من الثمن المسمى لينقص فذلك القدر منه فكان الناقص من الثمن قدرا مجهولا فيصير الثمن مجهولا فلو كان فصل لكل ثوب ثمنا بأن قال كل ثوب بعشرة جاز البيع في فصل النقصان بقدره أي بما سوى قدر الناقص لعدم الجهالة لكن مع ثبوت الخيار للمشتري لتفرق الصفقة عليه ولم يجز في الزيادة لأن جهالة المبيع لا ترتفع به لوقوع المنازعة في تعيين العشرة المبيعة من الأحد عشر وقيل عند أبي حنيفة رح لا يجوز البيع في فصل النقصان أيضا قال في الذخيرة وأكثر مشايخنا على ما ذكر في الكتاب من أن البيع جائز في الثياب الموجودة قولهما أما على قول أبي حنيفة رح فالعقد فاسد في الكل لأنه فسد في البعض بمفسد مقارن وهو العدم والأصل عند أبي حنيفة رح أن العقد متى فسد في البعض بفساد مقارن يفسد في الباقي وقد ذكر محمد مسئلة في الجامع تدل على هذا وهي رجل اشترى ثوبين على أنهما هرويان كل ثوب بعشرة فإذا أحدهما مروي بسكون الراء نسبة إلى قرية من قرى الكوفة أما النسبة إلى مرو المعروفة بخراسان فقد التزموا فيها زيادة الزاي فيقال مروزي وكأنه للفرق بين القريتين قال فسد البيع في الثوبين جميعا عند أبي حنيفة رح وعندهما يجوز في الهروي والثابت في مسئلة الجامع الصفقة لا أصل الثوب وقد فسد في الكل بفواته ففساده في الكل والفائت أحدهما أولى وإليه مال الحلواني وقال إنه الصحيح عنده وكذا نسبه شمس الأئمة السرخسي إلى أكثر مشايخنا ثم قال والأصح عندي أن هذا قولهم جميعا يعني عدم الفساد في الباقي لأن أبا حنيفة رح في نظائر هذه المسئلة إنما يفسد العقد في الكل لوجود العلة المفسدة وهي أنه جعل قبول العقد

ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رحمه الله في الوجه الاول ياخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف رحمة الله عليه في الوجه الاول ياخذه باحد عشر ان شاء وفي الثاني ياخذه بعشرة ان شاء وقال محمد رحمه الله في الاول ياخذه بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجرى عليه حكمها ولابي يوسف انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابي حنيفة رحمة الله عليه ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

فيما يفسد فيه العقد شرطا في قبوله في الآخر وهنا لم يوجد هذا فانه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد ايراد العقد على المعدوم بل على الموجود فقط فغلط في العدد بخلاف تلك المسئلة فانه جعل قبول العقد في كل من الثوبين شرطا لقبوله في الآخر وهو شرط فاسد واقول قوله ما شرط قبول العقد في المعدوم ان كان صريحا فممنوع ولا يضر فان في الثوبين ايضا ما شرط قبوله في المروي صريحا وانما المقصود انه اذا اضاف العقد الى متعدد وصفقته كان قبول العقد في كل شرطا في قبوله في الآخر كما في الثوبين ولا شك ان في العشرة ايضا كذلك فكان قبوله في العاشر شرطا لقبوله فيما سواه ولا وجود للعاشر فكان قبوله في المعدوم شرطا الخ وحاصل قوله وما قصد والى آخر ما اشار اليه المصنف وهو ان الشيئين الموجودين المعقود فيهما بوصف اذا دخلا في عقد واحد كان قبول كل منهما بذلك الوصف شرطا للقبول في الآخر بذلك الوصف فاذا انعدم ذلك الوصف في احدهما كان ذلك شرطا فاسدا في القبول في الآخر بخلاف ما اذا كان معدوما بذاته ووصفه فانه ليس ح داخلا في العقد حتى يكون قبوله شرطا لصحة العقد في الآخر لانه معدوم فيجعل ذلك غلطا فلما لم يجعل شرطا لم يفسد العقد في الآخر فقد ظهر ان محط الفرق اعتبار الغلط وعدمه ولا شك ان اعتبار الغلط انما يتاتى من جهة البائع على معنى انه انما اوجب الا في تسعة ولكنه عبر عنها بالعشرة غلطا فالمشتري لما قبل في عشرة ما كان غالطا فما تلاقى الايجاب والقبول كما لو عزل تسعة اثواب من عشرة وقال بعتك هذه التسعة فقال قبلت في العشرة لا يتم العقد في التسعة ولا في العشرة وان كان معنى غلطه انه قصد الايجاب في عشرة وليس في الواقع الا تسعة لم تفد الصحة لان المقصود عليه معدوم وقد جعل قبول العقد فيه شرطا لقبوله في التسعة وهذا لانه جاد في اعتقاده قيام العشرة فان لم يكن في ملكه فاحرى ان يكون البيع باطلا كما ذكر فيمن باع كرا من حنطة وليس في ملكه حنطة البيع باطلا ولانه باع ما ليس عنده وفي المحيط روى قاضي الحرمين ان العقد فاسد في الفصل الاول وفيه ابيعك هذه الحنطة على انها اقل من كر فوجدها كذلك جاز الا في رواية عن ابي يوسف رح وان اذا وجدها كرا او اكثر فالبيع فاسد لو قال كرا او كرين جاز كيف ما كان غير انه مخير في الاقل كما لو قال على انها كر وعلى هذا اذا اشترى عنبا في كرم معين على انه كذا وكذا امناء وكذا في العدديات المتقاربة انتهى وجه الفساد في الاكثر انه لا يعلم قدر الزائد فانه ليس للاقل من الكر والاكثر منه مقدار معين ليعرف الزائد عليه فيرد على البائع بخلاف ما اذا قال كرا او كرين ولا وجه للرواية عن ابي يوسف رح لان غاية ما في ذلك انه باع صبرة بشرط ان لا تبلغ المقدار الفلاني والله اعلم **قوله** ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رح في الوجه الاول اخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني اخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف

في الاول ياخذ باحد عشر ان شاء وفي الثاني بعشرة ان شاء وقال محمد رح في الوجه الاول ياخذ بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير وجه قوله ان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصف بنصفه فيجري عليه حكم المقابلة وحكمها ان يجب في مقابلة كل جزء شائع من الذراع مثله في الدرهم فنصف الذراع بنصف الدرهم وربعه بربعه وثمنه وثمنه وهكذا وفي بعض النسخ فيجري عليه اي يقابل كل جزء له نسبة خاصة بجزء كذلك من الآخر وضمير يجزي يصح عوده الى كل من الذراع والدرهم الا ان الدرهم اقرب مذكور وانما يخير في الزيادة لان سلامة النصف بمقابلة ضرر به فلا يلزمه الا بالتزامه وفي النقصان لفوات وصف مرغوب فيه وهو وصف العشرة ولابي يوسف رح انه لما افرد كل ذراع بدرهم نزل كل ذراع بمنزلة ثوب منفرد بيع على انه ذراع لما عرف ان افراده الذراع بالثمن يخرجه عن الوصفية الى الاصلية وقد انتقص عن الذراع

فصل ومن باع داراً دخل بناءها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل به اتصال قرار فيكون تبعا له

فلا ينتقص شيء من الثمن وانما يثبت الخيار له لما ذكرنا من ان في الزيادة نفعا يشوبه ضرر وفي النقصان فوات الوصف المرغوب فيه ولابي حنيفة رح ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط فكان الاولى ان يقول حكم الاصل او الثوب المنفصل بالشرط لان المقدار ايضا وصف على ما تقدم واخذه حكم الاصل مقيد بكونه ذراعا فاذا لم يوجد ما اخذ حكم الاصل فيبقى على الاصل من كونه وصفا لا يقابله شيء من الثمن واذا كان هكذا فلا وجه لثبوت الخيار له في فصل الزيادة لانه لم يلحقه ضرر في مقابلة الزائد بل نفع خالص كما لو اشتراه معيبا فوجده سليما وتخيير في النقصان لتفرق الصفقة ثم من الشارحين من اختار قول محمد وفي الذخيرة قول ابي حنيفة رح اصح وذكر حاصل الوجه المذكور له وفي قوله مقيد بكونه ذراعا اشارة الى الجواب عن قول محمد انه ينقسم اجزاء الدراهم على اجزاء الذراع فقال هذا اذا كان تمام الذراع موجودا والموجود ههنا بعضه وبعضه ليس كله فكان للبعض من حكم الوصف لانعدام المقابلة به ✤

فصل لما ذكر ما ينعقد به البيع وما لا ينعقد ذكر ما يدخل في البيع مما لم يسم وما لم يدخل واتبع ما يخرج بالاستثناء وغير ذلك **قوله** ومن باع دارا الخ في المحيط الاصل ان كل ما كان في الدار من البناء او متصلا بالبناء تبع لها فيدخل في بيعها كالسلم المتصل والسرير والدرج المتصلة والحجر الاسفل من الرحى ويدخل الحجر الاعلى عندنا استحسانا والمراد بالحجر الرحا المبنية في الدار وهذا متعارف في ديارهم اما في ديار مصر لا تدخل رحى اليد لانه تجر بها تنقل وتحول ولا تبنى فهو كالباب الموضوع والباب الموضوع لا يدخل بالاتفاق في بيع الدار نعم لو ادعاه احدهما لنفسه بان قال هذا ملكي وضعته وان كانت الدار في يد البائع وادعاه المشتري لنفسه فالقول قول البائع وان كانت في يد المشتري فالقول قول المشتري واستدل المصنف على دخول البناء بان اسم الدار يتناول العرصة والبناء وبانه متصل بها اتصال قرار واستشكل الاول بمسئلة الحلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدم بناؤها يحنث فلو كان البناء من مسمى لفظ الدار لم يحنث وهذا لو ابطل التعليل الاول لا يضر بالمقصود من الحكم لثبوت العلة الاخرى ثم اجيب بان البناء وصف فيها وهو لغو في المعينة فكانه حلف على نفي الدخول في هذا المكان وتحقيقه انه حلف لا يدخل هذه التي يسمى الآن دارا فلا يتقيد الدخول المحلوف عليه بكونها دارا وقت الدخول وتدخل البئر الكائنة في الدار وان كان عليها بكرة تدخل ولا يدخل الدلو والحبل المعلقان عليها الا ان كان قال بمرافقها ويدخل البستان الذي في الدار صغيرا كان او كبيرا وان كان خارج الدار لا يدخل وان كان له باب في الدار قاله ابو سليمان وقال الفقيه ابو جعفر رح ان كان اصغر من الدار ومفتحه فيها يدخل وان كان اكبر او مثلها لا يدخل وقيل ان صغر دخل والا لا وقيل يحكم الثمن وفي المنتقى اشترى حائطا يدخل ما تحته من الارض وكذا ذكر في التحفة من غير ذكر خلاف وفي المحيط جعله قول محمد والحسن وقول ابي يوسف رح لا يدخل واما اساسه فقيل الظاهر من مذهبه انه يدخل ولانه جزء الحائط حقيقة ويدخل في بيع الحمام القدر دون قصاعه واما قدر القصارين والصباغين واجانة الغسالين وحوابي الزياتين وجبابهم ودنانهم وجذع القصار الذي يدق عليه المثبت كل ذلك في الارض فلا يدخل وان قال بحقوقها قلت ينبغي ان تدخل كما اذا قال بمرافقها واما الطريق ونحوه فسيأتي ان شاء الله تعالى في باب الحقوق **فروع** باع فرسا دخل العذار تحت البيع والزمام في بيع البعير فقط ولم يذكر في شيء من الكتب ما اذا باع فرسا وعليه سرج قيل لا يدخل الا بالتنصيص او بحكم الثمن ولو باع حمارا قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل لا يدخل الاكاف بلا شرط ولا يستحق على البائع ولم يفصل بينهما اذا كان موكفا او غير موكف في فتاوى قاضي خان وهو الظاهر فالاكاف فيه كالسرج في الفرس وقال غيره يدخل الاكاف والبردعة

ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل به للقرار فاشبه البناء

تحت البيع وان كان غير موقت وقت البيع واذا دخلا بلا ذكر كان الكلام فيه ما قلنا فى ثوب العبد والجارية ولا يدخل المقود فى بيع الحمار لانه ينقاد دونه بخلاف الفرس والبعير وليتامل فى هذا باع عبدا او جارية كان على البائع من الكسوة قدر ما يوارى عورته فان بيعت فى ثياب مثلها دخلت فى البيع وللبائع ان يمسك تلك الثياب ويدفع غيرها من ثياب مثلها يستحق ذلك على البائع ولا يكون للثياب قسط من الثمن حتى لو استحق الثوب او وجد بالثوب عيبا لا يرجع على البائع بشئ ولا يرد عليه الثوب ولو هلك الثياب عند المشترى او تعيبت ثم رد الجارية بعيب رد بجميع الثمن لانه لم يملك الثوب بالبيع فلا يكون له قسط من الثمن وعلى هذا ما ذكر فى الكافى من رجل له ارض وفيها نخل بغيره فباعها رب الارض باذن الآخر بالف وقيمة كل منهما خمسمائة فالثمن بينهما نصفان لاستوائهما فيه فلو هلك النخل قبل القبض بآفة سماوية تخير المشترى بين الترك واخذ الارض بكل الثمن لان النخل دخل تبعا فلا يقابله شئ من الثمن ثم الثمن كله لرب الارض لانتقاض البيع فى حق النخل والثمن كله بمقابلة الاصل وهو له دون التبع ولو باع اتانا لها جحش او بقرة لها عجول وكذا فصيل الناقة ومميز البركة اختلف فيه قيل يدخلان وقيل لا يدخلان وقيل يدخل العجول دون الجحش وقيل ان ذهب مع الام الى موضع البيع دخل فيه للعرف والا فلا ولو باع عبدا له مال ان لم يذكر المال فى البيع فما له لمولاه وكذا لو سمى المال وهو دين على الناس او بعضه فسد البيع وان كان عينا جاز البيع ان لم يكن من الاثمان فان كان منها وكان الثمن من جنسه بان كان دراهم او دنانير الثمن كذلك فان كان الثمن اكثر جاز وان كان مثله او اقل لا يجوز لانه بيع العبد بلا ثمن وان كان منها ولم يكن من جنسه بان كان دراهم ومال العبد دنانير او بالقلب جاز اذا تقابضا فى المجلس وكذا لو قبض مال العبد وقدر حصته نقدا من الثمن وان افترقا قبل القبض بطل العقد فى مال العبد اشترى دارا فوجد فى بعض جذوعها الآن قال البائع هو لى كان له قيمة وعليه لانها وصلت الى المشترى منه وان قال ليس لى كان كاللقطة ولو قال صاحب علو وسفل لآخر بعتك منك علو هذا بكذا فقبل جاز ويكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشترى حق القرار عليه **قوله**

ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل بها اتصال قرار فاشبه البناء لم يفصل محمد بين الشجرة المثمرة وغير المثمرة ولا بين الصغيرة والكبيرة فكان الحق دخول الكل خلافا لما قال بعض المشائخ ان غير المثمرة لا تدخل الا بالذكر لانها لا تغرس للقرار بل للقطع اذا كبر خشبها فصارت كالزرع ولما قال بعضهم ان الصغيرة لا تدخل وفى فتاوى قاضى خان لو باع ارضا فيها اشجار صغار التحول فى فصل الربيع وتباع ان كانت تقلع من اصلها تدخل فى البيع وان كانت تقطع من وجه الارض فهى للبائع الا بالشرط ونعم الشجرة اليابسة لا تدخل لانها على شرف القلع فهى كحطب موضوع فيها ولا يدخل الشرب والطريق فى بيع الارض والدار الا بذكر الحقوق وكذا فى الاقرار والصلح والوصية وغيرها ويدخلان فى الاجارة والرهن والوقف والقسمة لانها تعقد للانتفاع لا انتفاع بها الا بهما بخلاف البيع فانه يعقد لملك الرقبة فقد يراد به الانتفاع بالتجارة فيها ولا يدخل الثمر التى على رؤس الاشجار الا بالشرط وما كان من الاوراد واوراق الفرصاد والتوت لانه بمنزلة الثمر ولو كان على الشجر ثمار فشرطه المشترى له فاكله البائع سقطت حصتها من الثمن ثم يثبت الخيار للمشترى فى الصحيح لتفرق الصفقة عليه عند ابى حنيفة رح بخلاف ما لو اشترى شاة بعشرة فولدت ولدا يساوى خمسة فاكله البائع قال ابو حنيفة رح تلزمه الشاة بخمسة ولا خيار له والفرق تعرفه وكما يدخل فى البيع اشياء بلا تسمية وهو ما يدخل تبعا كذلك يخرج منه اشياء بلا تسمية كما اذا باع قرية يخرج منها الطريق والمساجد والقارقين وسور القرية لان السور يبقى على اصل الاباحة عند القسمة فلا يدخل فى البيع وفى الفصل الثالث فيما يجوز بيعه وما لا يجوز من الخلاصة باع قرية وفيها مسجد واستثناه هل يشترط

ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فشابه المتاع الذي فيه ومن باع نخلا او شجرا فيه
ثمرته فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع لقوله عليه السلام من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع ولان الاتصال
وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك
المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رح يترك حتى يظهر صلاح
الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم المعتاد وفي العادة ان لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة
الاجارة وفي الارض زرع قلنا هناك التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق بين
ما اذا كان الثمر بحال له قيمة اولم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعه يجوز في اصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر

ذكر الحدود واختلف المشائخ واستثنى الخياض وفي المقبرة لابد من ذكر الحدود الا ان يكون ربوة **قوله** ولا يدخل الزرع في بيع الارض
الا بالتسمية لانه متصل به للفصل اي لفصل الادمي اياه بالانتفاع بها فشابه المتاع الذي فيها اي في المبيع فاندفع ما اورد عليه من بيع الجارية
الحامل ونحو البقرة الحامل فانه يدخل حملها في البيع مع انه متصل للفصل فان ذلك فعل الله تعالى وهذا المعنى
متبادر فترك التقييد به وايضا الام وما في بطنها مجانس متصل فيدخل باعتبار الجزئية بخلاف الزرع
فانه ليس مجانسا للارض فلا يمكن اعتبار الجزئية ليدخل بذكر الاصل فبعد ذلك ينظر ان كان اتصاله للفصل
في ثاني الحال فيدخل بطريق التبعية لشدة الاتصال لا الجنسية والجزئية فان قيل ينبغي ان يدخل لان الاتصال قائم في
الحال والانفصال معدوم فيه فيترجح الموجود على المعدوم فالجواب بان الموجب للدخول اما شمول حقيقة المسمى في البيع له او تبعية له
والتبعية بان يكون مستقر الاتصال به لا مجرد اتصال الحالي مع انه بعرضه الفصل وانتفاء المجانسة ظاهر فلم يتحقق موجب الدخول
والله اعلم **قوله** ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع لنفسه اي يشتري للشجرة مع الثمرة التي فوقها ولا فرق
بين الموبرة وغير الموبرة في كونها للبائع الا بالشرط وتدخل في الثمرة الوردة والياسمين والخلاف ونحوها من المشمومات فالكل للبائع
وعند الشافعي رح ومالك واحمد يشترط في ثمر النخل التابير فان لم تكن ابرت فهي للمشتري والتابير التلقيح وهو ان يشق عنا قيد الكم ويذر فيها من
طلع الفحل فانه يصلح ثمرات النخل لما روى اصحاب الكتب الستة عن سالم بن عبد الله بن عمر عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا ان يشترط المبتاع ومن باع نخلا موبرا فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع وفي لفظ البخاري من
من ابتاع نخلا بعد ان تابر فثمرتها للذي باعها الا ان يشترط المبتاع وحاصله استدلال بمفهوم الصفة فمن قال به يلزمه واهل المذهب
ينفون حجيته وقد روى محمد رح في شفعة الاصل عنه عم من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع من غير فصل
بين الموبر وغير الموبر وهو الحديث الذي ذكره المصنف وما قيل ان في مرويهم تخصيص الشئ بالذكر فلا يدل على نفي الحكم عما عداه انما يلزمهم لو كان
لقبا ليكون مفهوم لقب لكنه صفة وهو حجة عندهم كما ذكرنا ولو صح حديث محمد رح فهم يحملون المطلق على المقيد وعلى اصول المذهب ايضا
يجب لانه في حادثة واحدة في حكم واحد والذي يلزمهم من الوجه القياس على الزروع وهو المذكور في الكتاب بقوله انه متصل للقطع لا للبقاء
فصار كالزرع وهو قياس صحيح وهم يقدمون القياس على المفهوم اذا تعارضا وخرج فيجب ان يحمل الابار على الاثمار لانهم لا يؤخرونه عنه فكان
الابار علامة الاثمار فعلق به الحكم بقوله نخلا موبرا يعني مثمرا وما نقل عن ابن ابي ليلى من ان الثمرة مطلقا للمشتري بعيد اذ يصادم الاحاديث المشهورة
واذا كانت الثمرة للبائع يقال له اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع يقال له اقلعه وسلم المبيع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع
فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رح يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع وهو قول مالك واحمد رح لان
الواجب هو التسليم المعتاد ولهذا لا يجب في الدار تسليمها في الحال ان ابيعت ليلا وكان له فيها متاع بل ينتظر طلوع النهار ووجود الحمالين و
في العادة لا يقطع الا بعد ما قلنا وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فانه يترك حتى يحصد رضي الموجر او لم يرض واذا كان كذلك
فلا يبالي بتضرر المشتري بالانتفاع بملكه بلا عوض لانه حين اقدم على الشراء والعادة ما ذكرنا كان ملتزما للضرر المذكور ويقال استحصد الزرع يستحصد

ولهذا اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل فيه وكأنّ هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل ان تناله المشافر والمناجل

بكسر الصاد وجاز وقت حصاده واجاب المصنف بان هناك اي في الاجارة ايضا يجب التسليم وكذا تجب الاجرة في التبعية لان تسليم العوض بتسليم المعوض لا بد في تمامه من تسليم ان المعتاد في الاجارة التبعية في الاجرة وعدم التسليم عين الارض في الحال والا لو لم يرض الموجر بالتبعية واخذ الاجرة كان له ان يكلفه ان يقلعه في الحال وليس له ذلك فظهر ان التسليم المعتاد يجب اعتباره ثم يقول هو في البيع تتركه الى ما ذكرنا مجانا وفي الاجارة تتركه باجر ولا مخلص من هذا الا ان يتم منع انه معتاد في البيع كذلك والا فلا فرق بين البيع والاجارة بان اقدام البائع على البيع مع علمه بان البائع يطالبه المشتري بتفريغ ملكه وتسليمه فكان دلالة الرضا بالقطع فلا تجب حاجة جانبه بتبقية الارض مع الشجر على حكم ملكه بخلاف المستاجر فانه لم يوجد منه عند انقضاء مدة الاجارة فعل يدل على الرضا بقطع ثمره وزرعه فوجب مراعاة جانبه بتبقيته على حكم ملكه بالاجرة اتجه ان يقال انما يكون اقدامه على البيع رضا بالقطع في الحال لو لم يكن التاخير الى الصلاح معتادا اما اذا كان غير معتاد فلا وقد منعت العادة المستمرة بذلك بل هي مشتركة فيتقدر كون بيعهن بشرط القطع والله اعلم ثم هل تدخل ارض الشجر في البيع ببيعها ان اشتراها للقطع لا تدخل وبالاجماع وان اشتراها مطلقا لا تدخل عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح لان الارض اصل والشجر تبع فلا ينقلب الاصل تبعا وهو قول الشافعي رح في وعند محمد وهو رواية عن ابي حنيفة رح وقول للشافعي رح يدخل ما تحتها بقدر غلظ ساقها وفي جميع النوازل الفتاوى الصغرى هو المختار لانه اشترى الشجر وهو اسم للمستقر على الارض والا فهو جذع وحطب فيدخل من الارض ما يتم به حقيقة اسمها فهو دخول بالضرورة فيتقدر بقدرها وقيل بقدر ساقها وقيل بقدر ظلها عند الزوال وقيل بقدر عروقها العظام ولو شرط تعذر فعله ما شرط قوله ولا فرق بين ان يكون له قيمة او لا في الصحيح احترازا عن قول البعض انه ان لم يكن له قيمة تدخل في الصحيح لا تدخل في الحالتين ان كان له قيمة او لم تكن وعلله بان بيعه يصح في اصح الروايتين مع كونه ليس للقرار وما يصح بيعه وليس للقرار لا يدخل في البيع تبعا لغيره بخلاف البناء فانه يجوز بيعه منفردا ولكنه موضوع للقرار قوله واما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم تنبت لم يدخل لانه مودع فيها كالمتاع بهذا اطلق شيخ الاسلام كذا اطلقه غير واحد وقيده في الذخيرة بما اذا لم يعفن اما اذا عفن فهو للمشتري لان العفن لا يجوز بيعه على الانفراد فصار كجزء من اجزاء الارض فيدخل في بيع الارض واختار الفقيه ابو الليث انه لا يدخل بكل حال كما هو اطلاق المصنف وفي فتاوى الفضلي كما في الذخيرة قال ولو عفن البذر في الارض فهو للمشتري والا فللبائع ولو سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن عفن وقت البيع فهو للبائع والمشتري متطوع ولو باعها بعد ما نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيكون للبائع وقيل يدخل ولم يرجح المصنف منها شيئا ورجح في التجنيس قال فيه قال الفقيه لا يدخل والصواب انه يدخل نص عليه القدوري في شرحه وفي شرح الاسبيجابي انتهى وقول الفقيه ابي الليث هو قول ابي القاسم وفي فتاوى قاضي خان قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل هذا اذا صار الزرع متقوما اي لا يدخل فان لم يكن متقوما يدخل الزرع من غير ذكر قال وانما تعرف قيمته بان تقوم الارض مبذورة وغير مبذورة فان كانت قيمتها مبذورة اكثر من قيمتها غير مبذورة علم انه صار متقوما انتهى وبهذا ظهر ان حكاية اتفاق المشائخ على عدم الدخول مطلقا ليست واقعة بل قولان عدم الدخول مطلقا والتفصيل بين ان تعفن فيدخل او لا فلا وكان المناسب ان يقول تقوم الارض بلا ذلك الزرع وبه فان زاد فان له قيمته واما تقويمها مبذورة وغير مبذورة فانما يناسب من يقول انه اذا عفن البذر يدخل ويكون للمشتري ويعلله بانه لا يجوز بيعه وحده لانه ح ليس له قيمة قال المصنف وكأنّ هذا بتشديد النون يعني الاختلاف في دخول الزرع الذي ليست له قيمة فان ذلك وعدمه بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل ان تناوله المشافر والمناجل من قال لا يجوز بيعه قال يدخل ومن قال يجوز بيعه قال لا يدخل ولا يخفى ان كلا من الاختلافين مبني على سقوط تقومه وعدمه فان القول بعدم جواز بيعه وبدخوله في البيع كلاهما بناء على سقوط تقومه والقول بجواز بيعه وبعدم دخوله في البيع كلاهما مبني على عدم سقوط

ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منها ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها او منها من حقوقها

او قال من مرافقها لم يدخلا فيه لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا فيه

اما الثمر المجذوذ والزرع المحصود لا يدخل الا بالتصريح به لانه بمنزلة المتاع

تقومه والاوجه جواز بيعه على رجاء تركه كما يجوز بيع الجحش كما ولد على رجاء حيوته فينتفع به فى ثانى الحال قوله ولا يدخل الزرع والثمر
بذكر الحقوق والمرافق الخ يعنى اذا باع ارضا فيها زرع وشجرة وعليه ثمر او باع شجرا فقط وعليه ثمر وقال بعتها او اشتريتها بجميع حقوقها ومرافقها
لا يدخل الزرع والثمر بذلك لانهما ليسا من الحقوق والمرافق وكذا لو قال بكل قليل وكثير هو له فيها او منها من حقوقها او من مرافقها لم يدخلا ايضا
لما ذكرنا بعينه ولو كان اقتصر على قوله بكل قليل وكثير هو له فيها او منها دخلا اى الزرع والثمر فيه هذا فى المتصل بالارض والشجر اما الثمر المجذوذ والزرع
المحصود فيها فلا يدخل ولو قال بكل قليل وكثير هو فيها ما لم ينص عليه والمجذوذ بدالين مهملتين ومعجمتين بمعنى اى المقطوع غير ان المهملتين هنا
اولى ليناسب المحصود قوله ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها الخ لا خلاف فى عدم جوازه بيع الثمار قبل ان تظهر ولا فى عدم جوازه بعد الظهور قبل
بدو الصلاح بشرط الترك ولا فى جوازه قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به ولا فى الجواز بعد بدو الصلاح لكن بدو الصلاح عندنا ان يامن
العاهة والفساد وعند الشافعى رح هو ظهور النضج وبدو الحلاوة والخلاف انما هو فى بيعها قبل بدو الصلاح على الخلاف فى معناه لا بشرط القطع فعند الشافعى رح
ومالك رح واحمد لا يجوز وعندنا ان كان بحال لا ينتفع به فى الاكل ولا فى علف الدواب خلاف بين المشائخ قيل لا يجوز ونسبه قاضى خان لعامة
مشائخنا والصحيح انه يجوز لانه مال منتفع به فى ثانى الحال ان لم يكن منتفعا به فى الحال وقد اشار محمد فى كتاب الزكوة الى جوازه فانه قال لو باع
الثمار فى اول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى ادرك فالعشر على المشترى فلو لم يكن جائزا لم يوجب فيه العشر على المشترى وصحة البيع على هذا التقدير
بناء على التعويل على اذن البائع على ما ذكرنا من قريب والا فلا انتفاع به مطلقا فلا يجوز بيعه والحيلة فى جوازه باتفاق المشائخ ان يبيع الكمثرى
اول ما تخرج مع اوراق الشجر فيجوز فيها تبعا للاوراق كانه ورق كله وان كان بحيث ينتفع به ولو علفا للدواب فالبيع جائز باتفاق اهل المذهب
اذا باع بشرط القطع او مطلقا ويجب قطعه على المشترى فى الحال فان باعه بشرط الترك فان لم يكن تناهى عظمه فالبيع فاسد عند الكل وان كان
قد تناهى عظمه فهو فاسد عند ابى حنيفة وابى يوسف رح وهو القياس ويجوز عند محمد رح استحسانا وهو قول الائمة الثلاثة واختاره
وفى المنتقى ذكر ابا يوسف مع محمد وجه قولهما فى الصورتين انه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير
فشرط اعارة فى البيع او باجرة فشرط اجارة فيه ومثل هذا بيع الزرع بشرط الترك ووجه قول محمد فى المتناهى
تعارفوا التعامل كذلك فيما تناهى العظم فهو شرط يقتضيه العقد وهذا دعوى الشافعى رح فيما تناهى عظمه وما لم يتناهى الى
الى الجداد ومحمد يقول بمنعه فيه لما فيه من اشتراط الجزء المعدوم وهو الاجزاء التى تزيد بمعنى من الارض والشجر الى ان
ان الوجه لا يتم فى الفرق لمحمد الا بادعاء عادم العرف فيما لم يتناهى عظمه اذ القياس عدم الصحة للشرط الذى لا يقتضيه العقد لو
يخرج منه المتناهى للتعامل فكون ما لم يتناهى على اصل القياس انما يكون لعدم التعامل فيه والجزء المعدوم طرد ولو باع مالا يتناهى
عن الشرط ثم تركه فاما باذن البائع اذنا مجردا او باذن فى ضمن الاجارة بان استاجر الاشجار الى وقت الادراك او بلا اذن ففى الصور
الاولين يطيب له الفضل والاكل اما فى الاذن المجرد فظاهر واما فى الاجارة فلانها اجارة باطلة لعدم التعارف فى اجارة الاشجار والحاجة فان
الحاجة ليست بمتعينة فى ذلك وانما تتعين لو لم يكن مخلص الا بالاستيجار وهنا يمكن ان يشترى الثمار مع اصولها فيتركها عليها ولا يخفى ما فى هذا
من العسر فانه يستدعى سوارا بالاحاجة له اليها او ما لا يقدر على ثمنه وقد لا يوافقه البائع على بيع الاشجار فالاولى ان يقال الاجارة يقتضيه القياس

قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به في الحال او في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع وهذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع وان شرط تركها على النخيل فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او هو صفقة في صفقة وهو اعارة او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لما قلنا واستحسنه محمد رحمه الله للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى من الارض والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد استاجر النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري الاصول لتحصل الزيادات له

فيها البطلان الا ان الشرع اجازها للحاجة فيما فيه تعامل ولا تعامل في اجارة الاشجار المجردة فلا يجوز وكذا لو استاجر اشجار التخفيف عليها ثيابه لا يجوز ذكره الكرخي فاذا بطلت بقي الاذن معتبرا فيطيب بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة هنا فاسدة لان الارض يجوز اجارتها وانما فسدت لجهالة الاجل فاورثت خبثا اما هناك الاجارة باطلة والباطل لا وجود له فلم يوجد الا الاذن فطاب اما الفاسد فله وجود فكان الاذن ثابتا في ضمنه باعتباره فمنع وهناك صار الاذن مستقلا بنفسه وهذا بناء على عدم عذره بالجهل في دار الاسلام ان كان جاهلا ببطلان الاجارة وفي الثالثة لا يطيب له ويتصدق بما زاد لانه حصل بجهة محظورة اما اذا باع تناهى عظمه فتركه المشتري بغير اذن البائع فانه لا يتصدق بشيء لانه لم يزد في ذاتها شيء وهذا قول المصنف لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة اي تغير من وصف الى آخر بواسطة النضاج الشمس عليه نعم عليه الاثم غصبا لمنفعة يتعلق به لا بالعين المبيعة باثبات خبث فمنها وجه قول الشافعي وباقي الائمة في الخلافية ما في الصحيحين عن انس ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع النخل حتى تزهو قيل ما تزهو قال تحمار او تصفار واخرج البخاري في الزكوة عن ابن عمر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها وكان اذا سئل عن صلاحها قال حتى تذهب عاهتها واخرج ابو داود والترمذي وابن ماجة عن انس ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد قال الترمذي حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعا الا من حديث حماد بن سلمة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولنا ما تقدم من قوله من اشترى نخلا قد ابرت فثمرتها للبائع الا ان يشترط المبتاع فجعله للمشتري بالشرط فدل على جواز بيعه مطلقا لانه لم يقيد دخوله في البيع عند اشتراط المبتاع بكونه بدا صلاحه وفي موطا مالك عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت ابتاع رجل ثمرة حائط في زمن النبي صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام حتى تبين له النقصان فسال رب الحائط ان يضع له او يقيله فحلف لا يفعل فذهب بالمشتري الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال تالى ان لا يفعل خيرا فسمع بذلك رب الحائط فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال هو له ولو لا صحة البيع لم تترتب الاقالة عليه اما النهي المذكور فهم قد تركوا ظاهره فانهم اجازوا البيع قبل ان يبدو صلاحها بشرط القطع وهذه معارضة صريحة لمنطوقه فقد اتفقنا على انه متروك الظاهر ثم هو لا يحل الا ان لم يكن لموجب وهو عندهم تعليله عليه السلام بقوله عليه الصلوة والسلام ارايت ان منع الله الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه فانه يستلزم ان معناه انه نهى عن بيعها مدركة قبل الادراك ومزهية قبل الزهو وقد فسر انس زهوها بان يحمر او تصفر وفسرها ابن عمر بان يامن العاهة فكان النهي عن بيعها محمرة قبل الاحمرار ومصفرة قبل الاصفرار وامنة من العاهة قبل ان يومن عليها وذلك لان العادة ان الناس يبيعون الثمرة قبل ان تقطع فنهى عن هذا البيع قبل ان توجد الصفة المذكورة واما ما ذكرنا من نهيه عم من بيع العنب حتى يسود وهو لا يكون عنبا قبل السواد يفيده فانه قبله حصرم فكان معناه على القطع النهي عن بيع العنب عنبا قبل ان يصير عنبا وذلك لا يكون الا بشرط الترك الى ان يصير عنبا فصار محل النهي بيع الثمرة قبل بدو الصلاح بشرط الترك الى ان يبدو الصلاح ويدل عليه تعليل النبي صلى الله عليه وسلم بقوله ارايت لو منع الله الثمرة بم ياخذ احدكم مال اخيه فالمعنى اذا بيعت عنبا قبل ان يصير عنبا بشرط الترك الى ان تصير عنبا فمنع الله الثمرة فلم تصر عنبا بم يستحل احدكم يعني البائع مال اخيه المشتري والبيع بشرط القطع لا يتوهم فيه ذلك فلم يكن متناولا للنهي فاذا صار محل النهي بيعها بشرط تركها الى ان يصلح فقد قضينا عهدة هذا النهي فانا افسدنا هذا البيع وبقي بيعها مطلقا غير متناول للنهي بوجه من الوجوه وبعد ذلك المتحرك الاستدلال لهم في هذه الخلافية بالحديث ورح فالحديث المذكور لنا فيها اعني حديث التابير

قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا لمالك رحمه الله لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا باع واستثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة قال رضي الله عنه قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي اما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه

سالم عن المعارض وكذلك المعنى وهو انه مبيع منتفع به في الحال او في ثاني الحال الخ وبهذا التقرير ظهر ان ليس حديث التابير عاما عارضه خاص وهو حديث بدو الصلاح وان الترجيح هنا ينبغي ان يكون للخاص لانه بالغ وحديثنا مبيح بل لا يتناول احدهما ما يتناول الآخر والحاصل ان بيع ما لم يبد صلاحه اما بشرط القطع وهو جائز اتفاقا لانه غير متناول للنهي لما ذكرنا واما مطلقا فاذا كان حكمه لزوم القطع كان مثله بشرط القطع فلم يبق محل النهي الا بيعها بشرط الترك ونحن قائلون بانه فاسد فلو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز فاشبه هلاكه قبل التسليم ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره مع يمينه لانه في يده وكذا في بيع الباذنجان والبطيخ اذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشتركا كما ذكرنا وكان الحلواني يفتي بجوازه في الكل وزعم انه مروي عن اصحابنا وكذا حكي عن الامام الفضلي وكان يقول الموجود وقت العقد اصل وما يحدث تبع نقله شمس الائمة عنه ولم يقيد عنه بكون الموجود وقت العقد يكون اكثر بل قال عنه اجعل الموجود اصلا في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعا وقال استحسن فيه لتعامل الناس فانهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزع الناس عن عاداتهم حرج وقد رايت رواية في نحو هذا عن محمد رحمه الله وهو في بيع الورد على الاشجار فان الورد متلاحق ثم جوز البيع في الكل بهذا الطريق وهو قول مالك رحمه الله والمخلص من هذه اللوازم الصعبة ان يشتري اصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث على ملكه وفي الزرع والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمن ويستاجر الارض مدة معلومة يعلم غايته الادراك وانقضاء الغرض فيها بباقي الثمن وفي ثمار الاشجار يشتري الموجود ويحل له البائع ما يوجد فان خاف ان يرجع يفعل كما قال الفقيه ابو الليث في الاذن في ترك الثمر على الشجر وهو ان ياذن المشتري على انه متى رجع عن الاذن كان ماذونا في الترك باذن جديد فيحله له على مثل هذا الشرط

قوله ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا لمالك اجازه قياسا على استثناء شجرة معينة قلنا قياس مع الفارق لان الباقي بعد اخراج المستثنى غير مشار اليه ولا معلوم الكيل المخصوص فكان مجهولا بخلاف الباقي بعد اخراج الشجرة فانه معلوم مقرر بالاشارة قالوا هذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وهو قول الطحاوي والشافعي واحمد رحمه الله وعلى ما ذكرنا من التعليل لا يرد ما قيل ينبغي ان يجوز البيع على كل حال لانه ان بقي شيء بعد اخراج المستثنى فظاهر وان لم يبق شيء يكون الاستثناء باطلا لانه مستغرق فيبقى الكل مبيعا لان وروده على التعليل بجواز ان لا يبقى بعد الاستثناء شيء وتعليل المصنف بجهالة المبيع وهو يوجب الفساد وان ظهر ارتفاعها بالآخرة واتفق ان بقي مقدار معين لان الجهالة القائمة قبل ذلك في الحال هي المفسدة قال المصنف رحمه الله فاما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل من الجارية الحامل او الشاة واطراف الحيوان لا يجوز كما اذا باع هذه الشاة الا اليتها او هذا العبد الا يده فبيعه مشترك ما تميز بخلاف ما لو كان مشتركا على الشيوع فانه جائز وانما قال ينبغي لان جواب هذه المسئلة ليس مصرحا به في ظاهر الرواية وهو ان كل ما جاز افراده بايراد العقد عليه جاز استثناؤه ويصير الباقي مبيعا الا ان عدم الجواز اقيس بمذهب ابي حنيفة رحمه الله في مسئلة بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فانه افسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم في استثناء ارطال معلومة مما على الاشجار وان لم يفض الى المنازعة فالحاصل ان كل جهالة مفضية الى المنازعة مبطلة فليس يلزم ان ما لم يفض اليها يصح معها بل لا بد مع عدم المفضية الى المنازعة في الصحة من كون البيع على حدود الشرع الا يرى ان المتبايعين

ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلى في قشره وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الباقلى الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لانه لا يدري قدر ما في السنابل ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع به بدونه

قد تيسر اخفياته على شرط لا يقتضيه العقد وعلى البيع باجل مجهول كقدوم الحاج ونحوه ولا يعتبر ذلك منصبا واما ما قيل في توجيه المنع لئلا المبيع لا يبلغ الا تلك الارطال فبعيد اذ المشاهدة تفيد كون تلك الارطال يستغرق الكل اولى فغاية ما هنا مشتري ح بذلك الاستثناء **قوله** ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشره وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده وله في بيع الحنطة في السنبل قولان واجاز بيع الشعير الذرة وعندنا يجوز ذلك كله له ان المقصود وهو المبيع مستور بما لا منفعة فيه فلا يجوز بيعه كتراب الصاغة اذا بيع بجنسه بجامع استتاره بما لا منفعة فيه والمعول في استدلاله نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وفي هذا غرر فانه لا يدري قدر الحنطة الكائنة في السنابل والمبيع ما اريد الا الحب لا السنابل فيرجع الى جهالة قدر المبيع والزمهم على هذه ان لا يجوز بيع اللوز ونحوه في قشرة الثاني لكنه تركه لتعامل المتوارث ولنا ما روي انه عم نهى عن بيع النخل حتى تزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض رواه مسلم واصحاب السنن الاربعة ويقال زهى النخل والتمر يزهو وازهى يزهي لغة وفي الاشتقاق عن الزهو لغتان وانكر الاصمعي الرباعية يزهي كما نقل الزمخشري عن العين الكان يزهو الثلاثية لا يقال انتم لم تعملوا بصدر الحديث لانا نقول قد بينا انا عاملون فان الاتفاق على الخطاء النهي على بيعها بشرط الترك الى الزهو وقد منعناه ولانه مال متقوم معلوم فيجوز بيعه كالشعير في سنبله بخلاف بيعه بمثله في سنبلة الحنطة لاحتمال الربا اما انه مال متقوم فظاهر واما انه معلوم فمشار اليه وبالاشارة كفاية في التعريف اذ المانع من رؤية عينها لا يخل بدرك قدره في الجملة وليس معرفته على التحرير شرطا والا امتنع بيع الصبرة المشاهدة واورد المطالبة بالفرق بين ما اذا باع حب قطن في قطن بعينه او نوى تمر في تمرة بعينه اي باع ما في هذا القطن من الحب وما في هذا التمر من النوى فانه لا يجوز مع انه ايضا في غلافه واشار ابو يوسف رح الى الفرق بان النوى هناك معتبر عدما هالكا في العرف فانه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى في تمره ولا حب في قطنه ويقال هذه حنطة في سنبلها وهذا لوز وفستق ولا يقال هذه قشور فيها لوز ولا يذهب اليه وهم بخلاف تراب الصاغة فانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا حتى لو باع بخلاف جنسه جاز وما ذكرنا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن في الضرع واللحم والشحم في الشاة والالية والاكارع والجلد فيها والدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون والعصير في العنب ونحو ذلك حيث لا يجوز لان كل ذلك منعدم في العرف لا يقال هذا عصير وزيت في محله فكذا الباقي واعلم ان الوجه يقتضي ثبوت الخيار للمشتري بعد الاستخراج في ذلك كله لانه لم يره **قوله** ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها المراد بالغلق ما نسميه ضبة وهذا اذا كانت مركبة لانها تركب للبقاء الا اذا كانت موضوعة في الدار ولهذا لا تدخل الاقفال في بيع الحوانيت لانها لا تركب وانما تدخل الالواح وان كانت منفصلة لانها في العرف كالابواب المركبة والمراد بهذه الالواح ما تسمى في عرفنا بمصر دراريب الدكان وقد ذكر فيها عدم الدخول والاول عليه وقوله لانه لا ينتفع الا به يفيد ان يدخل تبعا للغلق يعني لا ينتفع بالغلق الا بالمفتاح واذا دخل الغلق دخل المفتاح كما لو اشترى غلقا فانه يدخل مفتاحه واورد عليه انه يلزم ان يدخل الطريق في بيع الدار وهو لا يدخل مع انه لا ينتفع بها الا به اجيب بمنع ان شراء الدار مقصور على الانتفاع بذاتها بل قد يكون لغرض مجرد الملك ليأخذ بالشفعة بواسطتها او يتجر بها وكذا لما كان العقد عليها مقصورا على ذلك كما في الاجارة ادخلنا الطريق **فرع** بناء على ما نحن فيه من حيث انه يتناوله البيع بلا تنصيص من المالك عليه وان كان من معنى آخر اشترى ما ينساق اليه الفساد ولم يقبضه المشتري ولم ينقد الثمن حتى غاب كان للبائع ان يبيعه من آخر ويحل للمشتري الثاني ان يشتريه وان كان يعلم بالحال لان المشتري الاول رضي بهذا الفسخ دلالة

قال واجرة الكيال وناقد الثمن على البائع اما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا اجرة الوزان والذراع والعداد واما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد رح لان النقد يكون بعد التسليم الا ترى انه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال واجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا انه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة قال ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين وعدمه فلا حاجة الى تقديم احدهما في الدفع

فيحل للبائع بيعه وحل للمشتري ان يشتريه وانما كتبها لانها كثيرا ما تقع في الاسواق **قوله** واجرة الكيال ووزان المبيع وذراعه وعاده ان كان البيع بشرط الكيل او الوزن او الذراع او العد على البائع لان عليه ايفاء المبيع ولا يتحقق ذلك الا بكيله ووزنه ونحوه ولان بكل من ذلك يميز ملكه عن ملك غيره ومعلوم ان الحاجة الى هذا اذا باع مكايلة او موازنة ونحوه اذ لا يحتاج الى ذلك في المجازفة واجرة وزان الثمن على المشتري باتفاق الائمة الاربعة لانه يحتاج الى تسليم الثمن وتمييزه عنه فكانت مؤنته عليه واما اجرة الناقد للثمن فاختلفت الرواية والمشائخ فروى ابن رستم عن محمد رح انه على البائع وهو المذكور في المختصر ووجهه ان النقد يحتاج اليه بعد التسليم فح يكون في يد البائع وهو المحتاج اليه لاحتياجه الى تمييز حقه وهو الجياد عن غير حقه وروى ابن سماعة عنه انه على المشتري وبه كان يفتي الصدر الشهيد لانه يحتاج الى تسليم الجيد وتعرفه بالنقد كما يعرف المقدار بالوزن فكان هو المحتاج اليه وعن محمد رح اجرة النقد على من عليه الدين كما في الثمن انه على المشتري الا اذا قبض الدين ثم ادعى عدم النقد فالاجرة على رب الدين وفي الخلاصة الصحيح انه على المشتري وكذا قال القدوري انه على المشتري الا اذا قبض البائع الثمن ثم جاء يرده بعيب لزيافة قال واختار في الواقعات انه على المشتري وفي باب العين لو اشترى حنطة مكايلة فالكيل على البائع وصبها في وعاء المشتري على البائع ايضا هو المختار وفي المنتقى اخراج الطعام من السفن على المشتري ولو اشترى حنطة في سنبلها فعلى البائع تخليصها بالدرس والتذرية ودفعها الى المشتري وهو المختار وقطع العنب المشترى جزافا على المشتري وكذا كل شيء باعه جزافا كالثوم والبصل والجزر اذا خلى بينها وبين المشتري وكذا قطع الثمر يعني اذا خلى البائع بينها وبين المشتري الكل من الخلاصة **قوله** ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لانه قبل القبض لم يتعين ولو عين دراهم اشترى بها لما عرف انها لا تتعين بالتعيين في البيع فلا بد من تقدم قبضها ليتساويا ولو كان المبيع غائبا لا يلزم المشتري دفع الثمن وللبائع حبس المبيع ولو بقي من ثمنه درهم واحد ولا يسقط حق حبس البائع للمبيع ولو اخذ بالثمن كفيلا او رهن المشتري به رهنا اما لو احال البائع به عليه وقيل سقط حق الحبس وكذا اذا احال المشتري البائع به عند ابي يوسف وعن محمد رح فيه روايتان في رواية كقول ابي يوسف رح وفي رواية اذا احال البائع رجلا به سقط واذا احال المشتري البائع به لا يسقط وما لم يسلم المبيع هو في ضمان البائع في جميع زمان حبسه فلو هلك في يد البائع بفعله او بفعل المبيع نفسه بان كان حيوانا فقتل نفسه او بامر سماوي بطل البيع فان كان قبض الثمن اعاده الى المشتري وان كان بفعل المشتري فعليه ثمنه ان كان البيع مطلقا او بشرط الخيار للمشتري وان كان الخيار للبائع او كان البيع فاسدا لزمه ضمان مثله ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا وان هلك بفعل اجنبي فالمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وعاد المبيع الى ملك البائع ويضمن له الجاني في المثلي المثل والا فالقيمة فان كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل لا يطيب له وان كان من خلافه طاب وان شاء اختار البيع واتبع الجاني في الضمان فكان له ذلك وعليه الثمن للبائع فان كان في الضمان فضل فعلى ذلك التفصيل **قوله** ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في تعيين حق كل منهما قبل التسليم فايجاب تقديم دفع احدهما بعينه على الآخر تحكم فيدفعان معا ولا بد من معرفة التسليم والتسلم الموجب للبراءة في التجريد تسليم المبيع ان يخلي بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل وكذا تسليم الثمن وفي الاجناس يعتبر في صحة التسليم ثلثة معان ان يقول خليت بينك وبين المبيع وان يكون المبيع بحضرة المشتري على صفة يتاتى فيه الفعل من غير مانع

باب خيار الشرط

قال خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلثة ايام فما دونها

وان يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره وعن الوبرى المتاع لغير البائع لا يمنع فلو اذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة عنده وكان ابو حنيفة رح يقول القبض ان يقول خليت بينك وبين المبيع فاقبضه ويقول المشتري وهو عند البائع قبضته فان اخذه برأسه وصاحبه عنده فقاده فهو قبض دابة كان او بعيرا وان كان غلاما او جارية فقال له المشتري تعال معي او امش فخطا معه فهو قبض وكذا لو ارسله في حاجته وفي الثوب ان اخذه بيده او خلا بينه وبينه وهو موضوع على الارض فقال خليت بينك وبينه فاقبضه فقال قبضته فهو قبض وكذا القبض في البيع الفاسد بالتخلية ولو اشترى حنطة في بيت ودفع البائع المفتاح اليه وقال خليت بينك وبينها فهو قبض وان دفعه ولم يقل شيئا لا يكون قبضا ولو باع دارا غائبة فقال سلمتها اليك فقال قبضتها لم يكن قبضا وان كانت قريبة كان قبضا وهي ان تكون بحال يقدر على اغلاقها فهي بعيدة واطلق في المحيط ان بالتخلية يقع القبض وان كان المبيع بعيدا عنهما وقال الحلوائي ذكر في النوادر اذا باع ضيعة وخلا بينها وبين المشتري ان كان يقرب منها يصير قابضا او يبعد لا يصير قابضا قال والناس عنه غافلون وانهم يشترون الضيعة بالسواد ويقرون بالتسليم والقبض وهو لا يصح به القبض وفي جامع شمس الائمة يصح القبض فان كان العقار غائبا عنهما عند ابي حنيفة خلافا لهما وفي جميع النوازل دفع المفتاح في بيع الدار تسليم اذا تهيأ له فتحه من غير تكلف وكذا لو اشترى بقرا في السرح فقال البائع اذهب فاقبض ان كان يرى بحيث يمكنه الاشارة اليه يكون قبضا ولو باع خلا او نحوه في دن وخلا بينه وبين المشتري في دار نفسه وختم المشتري على الدن فهو قبض ولو اشترى ثوبا فامره البائع بقبضه فلم يقبضه حتى اخذه انسان ان كان حين امره بقبضه امكنه من غير قيام صح التسليم فان كان لا يمكنه الا بقيام لا يصح ولو اشترى طيرا في بيت والباب مغلق فامره البائع بالقبض فلم يقبضه حتى هبت ريح ففتحت الباب فطار لا يصح التسليم وان فتحه المشتري فطار صح التسليم لانه يمكنه التسليم بان يحتاط بالفتح ولو اشترى فرسا في حظيرة فقال البائع سلمتها اليك ففتح المشتري الباب فذهب الفرس ان امكنه اخذه من غير عون كان قبضا وهو تأويل مسئلة الطير وفي مكان آخر من غير عون ولا حبل ولو اشترى دابة والبائع راكبها فقال المشتري احملني معك فحمله فعطبت هلكت على المشتري قال القاضي الامام هذا اذا لم يكن على الدابة سرج فان كان عليها سرج وركب المشتري في السرج يكون قابضا والا فلا ولو كانا راكبين فباع المالك منهما الآخر لا يصير قابضا كما اذا باع الدار والبائع والمشتري فيها ❊

باب خيار الشرط قد عرفت ان البيع علة محكمة من لزوم تعاكس الملكين في البدلين والاصل لا يتخلف حكم العلة عنها فقدم ما هو الاصل ثم شرع بذكر ما يتعلق بالعلة التي تخلف عنها مقتضاها وهو البيع بشرط الخيار وظهر ان شرط الخيار مانع ثابت على خلاف القياس لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ويقال للبيع المشروط فيه الخيار علة اسما ومعنى لا حكما وللمستلزم علة اسما ومعنى وحكما وقد عرف ذلك من اصطلاحهم في الاصول والموانع خمسة اقسام مانع يمنع انعقاد العلة وهو حرية المبيع فلا ينعقد البيع في الحر لانها لا تنعقد الا في محلها ومحل البيع المال والحر ليس بمال فلا وجود للبيع فيه كانقطاع الوتر يمنع اصل الرمي بعد القصد اليه ومانع يمنع تمام العلة وهو البيع المضاف الى مال الغير كاصابة السهم بعد الرمي حائطا فرده عن سننه ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة وهو خيار الشرط يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه على مثال استتار المرمي اليه بترس يمنع من اصابة الغرض منه ومانع يمنع من تمام الحكم بعد ثبوته كخيار الرؤية للمشتري ومانع يمنع لزومه كخيار العيب واضافة الخيار الى الشرط على حقيقة الاضافة

والاصل فيه ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رض كان يغبن في البياعات فقال له النبي عليه السلام اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام

وهي اضافة الخيار الى سببه اذ سببه الشرط وحين ورد شرعية جعلناه داخلا في الحكم مانعا من ثبوته تعليلا لعمله بقدر الامكان وذلك لان عمل اثبات الخطر في ثبوت الملك وبذلك يشبه القمار فقللنا شبهه ولقائل ان يقول القمار ما حرم لمعنى الخطر بل باعتبار تعليق الملك بما لم يضعه الشرع سببا للملك فان الشارع لم يضع ظهور العدد للفلاني في ورقة مثلا سببا للملك والخطر طرد في ذلك لا اثر له نعم يتجه ان يقال اعتبرناه في الحكم تقليلا لخلاف الاصل واما كونه فيه غرر وقد نهي عن بيع الغرر في المبيع وهذا في ان الملك هل يثبت اولا **قوله** خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما ثلاثة ايام يروى بنصب ثلاثة ايام على الظرف اي في ثلاثة ايام ويرفعها على انه خبر مبتدا محذوف اي هو ثلثة ولا يخفى ما فيه والصواب ان تقدر مدته ثلاثة ايام ثم في فتاوى قاضي خان اذا شرط الخيار لهما لا يثبت حكم العقد اصلا ويثبت الخيار في البيع الفاسد كالصحيح **قوله** والاصل فيه ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رض كان يغبن في البياعات الحديث روى الحاكم في المستدرك من حديث محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر قال كان حبان بن منقذ رجلا ضعيفا وكان قد اصابته في راسه مأمومة فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار الى ثلاثة ايام فيما اشتراه وكان قد ثقل لسانه فقال له النبي صلى الله عليه وسلم بع وقل لا خلابة وكان يشتري الشيء فيجيء الى اهله فيقولون له هذا غال فيقول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد خيرني في بيعي وسكت عليه وحبان بفتح الحاء ومنقذ بالمعجمة ورواه الشافعي من طريق محمد بن اسحق قال اخبرنا سفين عن محمد بن اسحق به ثم قال الشافعي رح والاصل في بيع الخيار انه فاسد ولكن لما شرط رسول الله صلى الله عليه وسلم في المصراة خيار ثلاثة ايام في البيع وروي انه جعل لحبان بن منقذ خيار ثلث فيما ابتاع انتهينا الى ما قال صلى الله عليه وسلم واخرجه البيهقي في سننه عن ابن عمر سمعت رجلا من الانصار يشكو الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه لا يزال يغبن في البيوع فقال له اذا بايعت فقل لا خلابة ثم انت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ايام قال ابن اسحق فحدثت به محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو وقد اصيب في راسه وكان يغبن في البيع فذكر نحوه ورواه ابن ماجة عن محمد بن يحيى بن حبان قال هو جدي منقذ بن عمرو وكان قد اصابت امة في راسه فكسرت لسانه وكان لا يدع على ذلك التجارة وكان لا يزال يغبن فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك الحديث وهو يقتضي ان المقول له منقذ بن عمرو لا حبان ابنه ولا شك ان هذا منقطع وغلط من عزاه لابي داود وكذا رواه البخاري في تاريخه الاوسط عن محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو فذكره قال وعاش مائة وثلاثين سنة والحديث وان دار على ابن اسحق فالاكثر على توثيقه ورجع مالك عما قال فيه ذكر ذلك السهيلي في الروض الانف وكذا رواه ابن ابي شيبة عن محمد بن يحيى بن حبان قال قال عليه الصلوة والسلام لمنقذ بن عمرو قل لا خلابة واذا ابعت بيعا فانت بالخيار فلا شك ان كون الواقعة لحبان ارجح لان هذا منقطع وذلك موصول هذا وشرط الخيار مجمع عليه واما ما روي في الموطا الصحيح عن ابن عمر ان رجلا ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم انه كان يخدع في البيوع فقال له اذا بايعت فقل لا خلابة والخلابة الخديعة فليس فيه دليل على المقصود والعجب ممن قال الاصل في جواز شرط الخيار ثم ذكر هذا الحديث وهو لا يمس المطلوب **فروع** يجوز الحاق خيار الشرط بالبيع لو قال احدهما بعد البيع ولو بايام جعلتك بالخيار ثلاثة ايام صح بالاجماع حتى لو شرط الخيار بعد البيع الباتّ شهر او رضيا به فسد العقد عند ابي حنيفة رح خلافا لهما ولو الحقاه به شرطا فاسدا بطل الشرط ولا يفسد العقد في قولهما ويفسد في قول ابي حنيفة رح ولو باع على انه بالخيار على ان له ان يستغل ويستخدمه جاز وهو على خياره ولو قال في بيع البستان على انه بالخيار على ان له ان ياكل من ثمرته لا يجوز لان الثمرة له حصة من الثمن وليس للبائع

ولا يجوز اكثر منها عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والشافعي رح وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رض انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن ولابي حنيفة رح ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس بما روينا من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة

ان يطالب بالثمن قبل ان يسقط المشتري خياره ولو قال له انت بالخيار كان له خيار ذلك المجلس فقط ولو قال الى الظهر فعند ابي حنيفة رح يستمر الى ان يخرج وقت الظهر وعندهما لا تدخل الغاية **قوله** ولا يجوز اكثر منها اي من ثلاثة ايام عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والشافعي كما لا يجوز عند ابي حنيفة اذا زاد على ثلاثة كذلك لا يجوز اذا اطلق وقالا لا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رض انه اجاز البيع الى شهرين وهذا دليل جزء الدعوى لانهما جوزاه اكثر من ثلثة ايام طالت المدة او قصرت وحديث ابن عمر رض يفيد جواز اكثر من الثلاثة بمدة خاصة لا غير ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس حاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن شرع للحاجة الى التاخير مخالفا لمقتضى العقد ثم جاز اي مقدار تراضيا عليه وبقولهما قال احمد لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم وقال مالك اذا كان المبيع مما لا يبقى اكثر من يوم كالفاكهة لا يجوز ان يشترط الخيار فيه اكثر من يوم وان كان ضيعة لا يمكن الوقوف في ثلثة ايام ويجوز ان يشترط اكثر من الثلاثة لانه شرع للحاجة ويمكن ان يقال لم يتعين اشتراط الاكثر طريقا لانه ان كان لامكان ان يذهب فيراها قبل الشراء ثم يشتري لا حاجة الى شرط الخيار اصلا لان حبان رض ثابت له تو[?] مرت سوية [?] وان كان التردي في امر اهل يساوي الثمن المذكور اولا وهي منتفع بها على الكمال اولا ولم يرها فهذا لا يتوقف على اكثر من الثلاثة لانه يعرف بالسوال والمراجعة للعارفين وذلك يحصل في مدة الثلاث واما ما يتسارع اليه الفساد فحكمه مسطور في فتاوى القاضي اشترى شيئا يتسارع اليه الفساد على انه بالخيار ثلاثة ايام في القياس لا يجبر المشتري على شيء وفي الاستحسان يقال للمشتري اما ان تفسخ البيع واما ان تاخذ المبيع ولا شيء عليك من الثمن حتى يجيز البيع او يفسد المبيع عندك دفعا للضرر من الجانبين وهو نظير ما لو ادعى في يد رجل شراء شيء يتسارع اليه الفساد كالسمكة الطرية وجحد المدعى عليه واقام المدعي البينة ويخاف فساده في مدة التزكية فان القاضي يامر مدعي الشراء ان ينقد الثمن ويأخذ السمكة ثم القاضي يبيعها من آخر ويأخذ ثمنها ويضع الثمن للاول والثاني على يد عدل فان عدلت يقضي للمدعي الشراء بالثمن الثاني ويدفع الثمن الاول للبائع ولو ضاع الثمنان عند العدل يضيع الثمن الثاني من مال مدعي الشراء لان بيع القاضي كبيعه ولو لم تعدل البينة فانه يضمن قيمة السمك للمدعى عليه لان البيع لم يثبت وبقي اخذا مال الغير بجهة البيع فيكون مضمونا عليه بالقيمة والوجه يقتضي ان هذا فيما اذا كان المبيع في يد البائع واما اذا كان في يد المشتري فلا يلزمه شيء لانه اذا فسد لزمه الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان الخيار للبائع والله اعلم وجه قول ابي حنيفة رح ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم ثبت نصا على خلاف القياس في المدة المذكورة للتروي فيما يدفع الغبن عنه ولا شك ان النظر لاستكشاف كونه في هذا المبيع مغبونا او غير مغبون يتم في ثلاثة ايام بل في اقل منها فان معرفة كونه مغبونا في هذه الصفقة اولا ليس من المعلوم البالغة في الخفاء والاشكال ليحتاج في حصوله الى مدة تزيد عليها فكان الزائد على الثلاث ليس في محل الحاجة اليه لحصول المعنى المذكور فلا يجوز الحاقه بالثلث دلالة كما لا يجوز بالقياس ولو فرض من الغباوة بحيث لا يستفيد كونه مغبونا لم يعذر ولا ينبني الفقه باعتباره لان مثله زائل العقل وبهذا يظهر ان قول ابن الجوزي في التحقيق في حديث حبان انه خرج مخرج الغالب غير صحيح ولانه عليه الصلوة والسلام ضرب الثلاث لمن كان غاية في ضعف المعرفة على ما ذكر من امر حبان انه كان رجلا ضعيفا وكانت به مامومة افسدت حاله اوانه منقذ وكان قد اصابته امة في راسه فكسرت لسانه ونازعت عقله وبلغ من السن مائة وثلاثين كما في تاريخ البخاري الاوسط فاي حالة تزيد على هذه من الضعف الا اعدام العقل بالكلية ومع ذلك لا يجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم سوى ثلاثة ايام ولا شك

الا انه اذا اجاز في الثلث جاز عند ابي حنيفة رح خلافا لزفر هو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم واعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما جاز والى اربعة ايام لا يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز الى اربعة ايام او اكثر فان نقد في الثلث جاز في قولهم جميعا والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر ابو حنيفة على اصله في الملحق به ونفى الزيادة على الثلث وكذا محمد في تجويز الزيادة وابو يوسف اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس آخر اليه مال زفر وهو انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد اولى ووجه الاستحسان ما بينا

في منع الزائد على انه وجد في السمع ما ينفيه صريحا وهو وان لم يبلغ درجة الحجة ولا شك انه يستأنس به بعد تمام الحجة وهو ما روى عبد الرزاق من حديث ابان بن ابي عياش عن انس ان رجلا اشترى من رجل بعيرا وشرط عليه الخيار اربعة ايام فابطل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع وقال الخيار ثلاثة ايام الا انه اعل بابان مع الاعتراف بانه كان رجلا صالحا وكذا اخرج الدارقطني عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الخيار ثلاثة ايام وفيه احمد بن ميسرة متروك واما ما اسند لو ابه من حديث ابن عمر المذكور في الكتاب فلا يعرف في شيء من كتب الحديث والآثار واما القياس على الاجل فنقول بموجبه ولا يفيدنا فان الشارع لما شرع الاجل على خلاف القياس شرعه مطلقا فعلمنا باطلاقه وهنا لما شرع الخيار شرعه مقيدا بثلاثة ايام او ثلاث ليال فعلمنا بتقييده حتى انه لو شرع الاجل ايضا مقيدا بمدة كنا نقول لا يزاد عليها ايضا ولوجود الاقتصار على مورد النص نقل عن سفيان الثوري وابن شبرمة ان شرط الخيار للبائع لا يجوز لان لنفس الخيار ما ورد للمشتري فجعلنا ممنوع بل للاعم فانه صلى الله عليه وسلم قال لمن ابايعت وهو يصدق بكونه بائعا ومشتريا قوله الا انه استثناء من قوله ولا يجوز اكثر منها اي لا يجوز في وقت من الاوقات الا في وقت اجازته داخل الثلاثة عند ابي حنيفة رح خلافا لزفر وبه قال الشافعي رح هو اي زفر يقول انه اي العقد انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا باع الدرهم بدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد لا يقع صحيحا او باع عبدا بالف ورطل خمر ثم اسقط وهذا لان البقاء على حسب الثبوت فان الباقي هو الذي كان قد ثبت ولابي حنيفة انه اي من له الخيار اسقط المفسد وهو اشتراط اليوم الرابع قبل تقرره او قبل ثبوته وتحققه لان ثبوته بمضي ثلاثة ايام فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم وعلمه في المجلس فرضي به وهذا لان المفسد ليس هو شرط الخيار بل وصله بالرابع وهو بعرض الفصل قبل مجيئه فاذا اسقط فقد تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه فيبقى العقد صحيحا ثم اختلف المشايخ في حكم هذا العقد في الابتداء فعند مشايخ العراق حكمه الفساد بحسب الظاهر اذ الظاهر دوامهما على الشرط فاذا اسقطه تبين الامر خلاف الظاهر فينقلب صحيحا وقال مشايخ خراسان والامام السرخسي وفخر الاسلام وغيرهما من مشايخ ماوراء النهر هو موقوف وبالاسقاط قبل الرابع ينعقد صحيحا واذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الآن وهو الاوجه كذا في الظهيرية والذخيرة وذكر الكرخي نصا عن ابي حنيفة رح ان البيع موقوف على اجازة المشتري واثبت للبائع حق الفسخ قبل الاجازة لان لكل من المتعاقدين حق الفسخ في البيع الموقوف ولا يخفى انه لا معنى للفساد بحسب الظاهر دون الباطن الا عدم الفساد في نفس الامر الى ان يدخل الرابع فيثبت الفساد في نفس الامر فحقيقة القولين لا فساد قبل الرابع بل موقوف ولا يتحقق الخلاف الا ان يكون الفرض ان الفساد ثابت على وجه يرتفع شرعا خيار الرابع قبل مجيئه وهذا هو ظاهر الهداية حيث قال ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وقوله وهذا على الوجه الاول يعني قوله اسقط المفسد قبل تقرره وهو كالتعليل فان التعليل هو الذي ينبني على الاصل لان اصل القاعدة تنبني على التعليل والجواب عن المسائل المقيس عليها ان زوال الفساد فيها في صلب العقد لانه بسبب المبيع وهو البدل فلم يمكن رفعه وهنا في شرطه وكما ينقلب العقد جائزا اذا اسقط الخيار قبل مضي الثلاثة كذلك لو اعتق العبد او مات العبد او المشتري او حدث به ما يوجب لزوم البيع ينقلب جائزا في قول ابي حنيفة رح ويلزمه الثمن قوله ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بيننا جاز والمنتفع بهذا الشرط هو البائع وكذا لو قبض الثمن وقال ان رده البائع الى ثلاثة ايام فلا بيع يجوز وهذا البيع بهذا الشرط ويصير كخيار الشرط حتى اذا قبض المشتري المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو اعتقه المشتري لا ينفذ عتقه

قال وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لأن تمام هذا السبب بالمراضاة ولا تتم مع الخيار ولهذا لو اعتقه ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه باذن البائع فلو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لأن البيع ينفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا بالصحيح المطلق

ولو اعتقه البائع نفذ والى اربعة ايام لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف فان نقد الثمن قبل مضي الثلاثة تم البيع فان لم ينقد فيها فسد البيع ولا ينفسخ نص عليه ظهير الدين وقال لا بد من لفظ هذه المسئلة حتى لو اعتقه المشتري وهو في يده عتق لا ان كان في يد البائع وقال محمد يجوزه الى اربعة ايام واكثر على قياس قوله في شرط الخيار فان دفع الثمن في الثلاثة جاز في قولهم جميعا والاصل فيه اي في صحة هذا البيع الى ثلاثة ايام في الثمن ان هذا في معنى اشتراط الخيار فيلحق به دلالة لا قياسا والدلالة لا يشترط فيها سوى التساوي وفهم الملحق بمجرد فهم الاصل مع فهم اللغة وكل من علم صحة اشتراط الخيار للتروي ثلاثة ايام لكل من المتبايعين يتبادر اليه ان شرعيته للتروي لدفع ضرر الغبن في المبيع والثمن فيتبادر اليه جوازه لدفع التعيين في الثمن للمماطلة وكون هذا ينفسخ بتمام المدة قبل دفع الثمن وذاك ينبرم بتمامها بلا رد لا اثر له لان المعتبر في الدلالة الاشتراك في الجامع الذي يفهمه من فهم اللغة الا انك سمعت انه لا ينفسخ بتمامها بل يرجع فاسدا وقد مر ابو حنيفة رح على اصله في الملحق به وهو انه لا يزاد على الثلاثة وكذلك في الملحق وكذا محمد حيث جعله جائزا بلا تقييد بمدة وابي يوسف فرق فاخذ في الاصل بالاثر يعني اثر ابن عمر رض في جواز شرط الخيار اكثر من ثلاثة ايام واخذ في هذه المسئلة بالقياس اي من نفي الزائد على الثلاثة واما في الثلاثة فبحديث ابن البرصا على ما سنذكره في خيار التعيين هذا على ما ذكر عن ابي يوسف هنا وقد روي عنه انه رجع الى قول محمد رح وابا الحسن بن ابي مالك عنه وفي شرح المجمع الاصح انه مع ابي حنيفة رح وكثير من المشائخ لم ترجحوا عنه شيئا وحكموا على قوله بالاضطراب وفي هذه المسئلة قياس آخر يقتضي ان لا يجوز هذا البيع اصلا وهو انه بيع شرطت فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم دفع الثمن في ثلاثة الايام والاقالة لا تتعلق بالشرط لان فيها معنى التمليك حتى جعلت بيعا جديدا في حق ثالث وهو لو شرط الاقالة الصحيحة وهي لم تتعلق بالشرط بان قال بعتك على ان اقيلك وتقبلها او قال اشتريت منك على ان تقيلني لا يصح لانه شرط لا يقتضيه العقد فاشتراط الفاسدة اولى وبهذا القياس قال زفر ومالك والشافعي واحمد فكلهم منعوا صحة البيع والوجه عليهم ما قدمناه من الالحاق بالدلالة لا بالقياس هو المراد بقول المصرح وجه الاستحسان ما بينا **قوله** وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب الذي هو البيع بالمراضاة لما عرف من قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ولا تتم الرضا مع الخيار لانه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه فلم يتم السبب في حق البائع فانه لا يعمل الا مع وجود الشرط وهو الرضا ولا يوجب حكمه في حقه ولا يخرج المبيع عن ملكه فلهذا تصرفه فيه فينفذ عتقه فيه ولو كان في يد المشتري ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع لبقاء ملك البائع فيه بلا اختلال وبالتعليل المذكور يعرف ان خيار المشتري يمنع خروج الثمن من ملكه لاتحاد النسبة الى كل من له الخيار وانه اذا كان الخيار لهما لا يخرج المبيع من ملك البائع ولا الثمن من ملك المشتري ولو قبض المشتري المبيع وكان الخيار للبائع فهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا في حق المبيع ولا يملك نفاذه بالهلاك لانه لا نفاذ بلا محل فبقي في يدي المشتري مقبوضا لا على وجه الامانة المحضة كالوديعة والعارية كما نقل عن ابن ابي ليلى رح انه لم يضمنه لانه ما رضي البائع بقبضه الا على جهة العقد فاقل ما فيه ان يكون كالمقبوض على سوم الشراء وفي المقبوض على سوم الشراء القيمة اذا هلك هو قيمي والمثل في المثلي اذا كان القبض بعد تسمية الثمن اما اذا لم يسم ثمن فلا ضمان في الصحيح وعليه فرع ما ذكره الفقيه ابو الليث في العيون في رجل اخذ ثوبا فقال اذهب به فان رضيته اشتريته فضاع في يده لم يلزمه شيء وان قال ان رضيته اشتريته بعشرة كان ضامنا للقيمة وبثبوت الضمان بالقيمة على المشتري في هذا البيع قال مالك رح والشافعي رح في المشهور وعندهم وجه في ضمانه بالثمن وهو قياس قول احمد لانه قال يخرج المبيع من ملك البائع بثبوت الخيار له لان السبب قد تم بالايجاب

قال وخيار المشترى لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع لان البيع فى جانب الآخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الآخر قال الا ان المشترى لا يملكه عند ابى حنيفة رح وقالا يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل فى ملك المشترى يكون زائلا لا الى مالك ولا عهد لنا به فى الشرع ولابى حنيفة رح انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع فى ملكه لاجتمع البدلان فى ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له فى الشرع لان المعاوضة تقتضى المساواة ولان الخيار شرع نظرا للمشترى ليتروى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر قال فان هلك فى يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البائع فيهلك والعقد موقوف

والقبول وثبوت الخيار ثبوت حق الفسخ وليس من ضرورة ثبوت حق الفسخ انتفاء الملك كخيار العيب قلنا قولك تم البيع بالايجاب والقبول ان اردت فى حق حكمه منعناه او تمت صورته فمسلم ولا يفيد فى ثبوت حكمه حتى يوجد شرط عمله وهو تمام الرضا على ما ذكرنا وتقييد المصنف الهلاك بكونه فى مدة الخيار ليخرج ما اذا هلك بعدها فانه يضمن بالثمن لانه هلك بعد ما انبرم البيع لعدم فسخ البائع فى المدة ولو هلك المبيع فى يد البائع والحال ان الخيار له لا اشكال فى انه ينفسخ ولا شئ على المشترى اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق عن شرط الخيار فان فيه اذا هلك المبيع فى يد البائع قبل التسليم انفسخ البيع والتقييد بالصحيح ليس لاخراج الفاسد لان الحال فى البيع الفاسد كذلك اعنى الانفساخ بهلاك المبيع فى يد البائع بل لان الاحتياط بالاصالة والفاسد يأخذ حكمه منه قوله وخيار المشترى لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع وقوله لان البيع الى آخره تعليل لمحذوف وهو قولنا فيخرج المبيع عن ملك البائع لان البيع فى جانبه لازم بات فقد تم السبب فى حقه وانتفى ما يمنعه من عمله اذ كان خيار المشترى لا يمنعه فيخرج وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل الذى هو من جهة من له الخيار لما ذكرنا انه يوجب عدم الرضا بخروج ملكه عنه فلا يؤثر السبب خروجه لعدم شرط عمله فيبقى على ملكه كما كان وقوله الا ان المشترى لا يملكه يعنى لكن وهو استدراك لام متبادر عند قوله يخرج المبيع من ملك البائع اذا كان الخيار للمشترى وهو المقدر الذى ذكرناه فانه يتبادر بحكم العادة انه اذا خرج المبيع من ملك البائع يدخل فى ملك المشترى وهذا عند ابى حنيفة رح وقالا يملكه المشترى وبه قال مالك واحمد والشافعى فى قول لانه لما خرج عن ملك البائع لو لم يدخل فى ملك المشترى يكون زائلا لا الى ملك مالك ولا عهد لنا به فى الشرع فى باب التجارة والمعاوضة فيكون كالسائبة فلا يرد شراء متولى امر الكعبة اذا اشترى عبدا لسدانة الكعبة والضيعة الموقوفة بعبيدها اذا ضعف احدهم فاشترى بدله آخر فانه لا يدخل فى ملك المشترى لان ذلك ليس من هذا الباب بل من باب الاوقاف وحكم الاوقاف ذلك وكذا التركة المستغرقة بالدين فانها تخرج من ملك الميت ولا تدخل فى ملك الورثة ولا الغرماء للقيد المذكور ولابى حنيفة رح انه لما لم يخرج الثمن من ملكه فلو قلنا انه يدخل المبيع فى ملكه اجتمع البدلان الثمن والمبيع فى ملك احد المتعاوضين حكما للمعاوضة ولا اصل له فى الشرع دان يكون والمعاوضة تقتضى المساواة بين المتعاوضين فى تبادل ملكيهما بخلاف ضمان غاصب المدبر اذا ابق من عنده سواء قلنا انه بدل اليد او الملك حيث لا يخرج المدبر به من ملك مالكه فيجتمع العوضان فى ملك واحد فانه ضمان جناية لا ضمان لمعاوضة شرعية وهذا الزم فى الشرع مما ذكراه فان المشترى للسدانة وللوقف كائن فى المعاوضة وهو يخرج ولا يدخل فى ملك احد ولان خيار المشترى شرع نظرا له ليتروى فيقف على المصلحة فى رواية ولو اثبتنا الملك له بمجرد البيع مع خياره لحقناه نقيض مقصوده اذ ربما كان المبيع من يعتق عليه فيعتق من غير اختياره فيعود شرع الخيار على موضوعه بالنقض اذ كان مفوتا للنظر وذلك لا يجوز وقد اورد على هذا لو لم يثبت الملك للمشترى لم يستحق به الشفعة لان استحقاقها بالملك ولذا لا يثبت بحق السكنى لكنه يستحقها اذا بيعت دار بجوارها بالاتفاق او الاجماع اجيب بانه انما استحقها لانه صار احق بها تصرفا لا لانه ملكها كالعبد المأذون يستحقها اذا بيعت دار بجواره بهذا المعنى وحاصل هذا منع قصر استحقاق الشفعة على حقيقة الملك بل هو او ما فى معناه وهذا التكلف لا يحتاج اليه وسياق المسئلة معللة بانبرام البيع فى ضمن طلب الشفعة فيثبت مقتضى تصحيحا وما فى الاجناس لو بيعت دار بجنبها فاخذها بالشفعة لا يبطل خيار الرؤية فله ان يردها اذا رآها ويبطل خيار الشرط فان هلك المبيع فى يد المشترى ولو فى مدة الخيار هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب لا يرجى زواله فى ارة كان قطعت يده ولو بغير صنعه فانه يلزمه الثمن ويمتنع الرد بخلاف ما لو كان يرجى زواله فى المدة بان مرض فان المشترى على خياره ولكن ليس له ان يرده مريضا بل حتى يبرأ فى المدة فان مضت المدة و

قال ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها لما له من الخيار وان وطيها له ان يردها لان الوطي بحكم النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطي ينقصها وهذا عند ابي حنيفة وقالا يفسد النكاح لانه ملكها وان وطيها لم يردها لان وطيها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا ولهذه المسئلة اخوات كلها تبتني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري على المشتري اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حيض المشتراة في المدة لا يجتزى به في الاستبراء عنده وعندهما يجتزى ولو ردت بحكم الخيار الى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض

فلم يبرأ لزم البيع فيه وعن ابي يوسف رح يبطل خيار المشتري في كل عيب باي وجه كان الا في خصلة وهي ان النقصان اذا حصل في يد المشتري بفعل البائع لا يبطل خياره بل ان شاء رده فان شاء اجاز البيع واخذ الارش من البائع وقوله بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع متصل بقوله هلك بالثمن يعني الفرق بين ما اذا كان الخيار للبائع فهلك المبيع في يد المشتري فانه يهلك بالقيمة وبين ما اذا كان للمشتري فهلك في يد المشتري يهلك بالثمن هو ان الهلاك لا يخلو عن مقدمة عيب ودخول العيب يمنع الرد حال قيامه كائنا ما كان فاذا اتصل به الهلاك لم توجد حالة مجوزة للرد فهلك وقد انبرم العقد وانبرام العقد يوجب الثمن لا القيمة بخلاف ما تقدم من كون الخيار للبائع فان تعيب المبيع لا يمنع الرد حكما بخيار البائع فيهلك والعقد موقوف فيبطل العقد فلا يجب الثمن بل القيمة **قوله** ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة ايام لم يفسد النكاح عند ابي حنيفة رح لانه لا يملكها لما له من الخيار والمبيع لا يدخل في ملك المشتري بالخيار فلو رد المبيع استمرت زوجته عنده وعندهما اذا فسخه رجعت الى مولاها بلا نكاح عليها وان وطيها بعد السيد له ان يردها بالخيار لان الوطي لا يلزم ههنا ان يكون اجازة لان له في النكاح ملكا قائما يحل له الوطي فلم يلزم كون وطيه اجازة الا اذا كانت بكرا لان الوطي ينقص البكر فيمتنع الرد بالعيب الذي حدث عنده ومن هذا يعرف انه لو نقصها الوطي وهي ثيب يمتنع الرد عنده ايضا للنقص الذي دخلها لا لذات الوطي فان قيل لما زوجها مولاها الذي باعها فقد رضي بالنقصان بزوال البكارة وحين ثبت له الخيار فقد رضي بالرد فيكون راضيا بردها ناقصة اجيب بمنع بقاء الرضى بذلك بعد البيع بل لما باعها فسخ ذلك الرضا وبه رضا بما هي احكام هذا البيع واحكام هذا البيع ما ذكرنا وقالا يفسد النكاح لانه ملكها فان وطيها لا يردها ولو كانت ثيبا لان الوطي بعد انفساخ النكاح ليس الا بملك اليمين فكان مسقطا للخيار ورضا بالبيع هذه المسئلة من فروع الخلاف في ثبوت الملك في المبيع للمشتري بشرط الخيار وعدمه ولها اخوات ذكرها المصنف تفريعا على الخلاف في ذلك منها عتق العبد المشترى على المشتري بشرط الخيار في مدة الخيار اذا كان قريبه قرابة محرمة عندهما وعنده لا يعتق حتى تنقضي المدة ولم يفسخ لانه لم يملكه ومنها ان من قال ان ملكت عبدا فهو حر فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه لا يعتق عند ابي حنيفة رح لانه لم يملكه بسبب الخيار فلم يوجد الشرط وعندهما وجد فعتق لانه ملكه اما لو قال ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه يعتق بالاتفاق لوجود الشرط وهذا شراء فيكون كالمنشئ للعتق بعده ومن حيث ثبوت الحرية لا من كل وجه ولذا لا يعتق عن الكفارة اذا نوى الحالف بشرائه ان يعتق عن كفارته ومنها لو اشترى جارية على انه بالخيار فحاضت في مدة الخيار او وجد بعض الحيضة فيها ثم اختار البيع عنده لا يجتزأ بتلك الحيضة لانها قبل الملك والموجود بعد الملك بعض الحيضة فلا بد من حيضة اخرى حتى تحل له الوطي وعندهما يجتزأ لوجودها بعد الملك وينبغي ان يقيد بكون ذلك بعد القبض لان السبب لوجوب الاستبراء الملك المؤكد بكونه بالقبض ولو اختار الفسخ فردها الى البائع لا يحتاج البائع الى استبرائها عند ابي حنيفة رح سواء كان الفسخ قبل القبض او بعده وعندهما ان كان قبل القبض لا استبراء عليه استحسانا وان كان في القياس يجب وان كان الفسخ بعد القبض وجب على البائع استبراؤها قياسا واستحسانا لاستحداث الملك بعد ملك المشتري الملك المؤكد بالقبض فيثبت توهم الشغل واجمعوا ان العقد لو كان باتا ثم فسخ باقالة او غيرها ان كان قبل القبض فالقياس ان يجب على البائع الاستبراء وفي الاستحسان غير واجب وان كان بعد القبض فالاستبراء واجب قياسا واستحسانا ولو كان الخيار للبائع ففسخ في المدة فظاهر الرواية انه لا يجب عليه الاستبراء لانها لم تخرج عن ملكه وان اجازه فعلى المشتري استبراؤها بحيضة بعد الاجازة بالاجماع

ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا ماذونا له فابرأه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والماذون له يليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من اهله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يتملكها باسقاط الخيار وهو مسلم

ومنها اذا ولدت منكوحته بعد ما اشتراها على انه بالخيار في المدة لا تصير ام ولده عنده وعندهما تصير ام ولده وقد قيد الشارحون كلام المصنف بان تكون الولادة قبل القبض ولا بد منه لما ذكره في المبسوط لو ولدت عند المشتري فقد بطل خياره لانها تعيبت بالولادة وتصير ام ولد له بالاجماع وفي صورة الطحاوي هي ... الخلافية فيما اذا ولدت قبل الشراء قال اشترى جارية قد ولدت منه ولدا بشرط الخيار فعند ابي حنيفة رح لا تصير ام ولد له وخياره على حاله الا اذا اختار صارت ام ولده وعندهما تصير ام ولد له بالشراء ويبطل خياره ويلزمه الثمن وكذا ذكره غيره وتقييده بكونه قبل القبض حسن وهو يصدق بصورتين ما قبل القبض والشراء وما قبل القبض بعد الشراء ومنها اذا قبض المشتري بشرط الخيار له المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يده في المدة فهلك من مال البائع عنده لارتفاع القبض بالرد لانه لما لم يملكه ارتفع القبض بالايداع لان البائع لا يصلح ان يكون مودعا لملك نفسه فلا يكون الايداع صحيحا وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع وعندهما يهلك من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام ملكه وقد يقال عدم صحة الايداع باعتبار ان المالك لا يصلح مودعا لملك نفسه صحيح لكن الواقع ان المبيع يخرج من ملك البائع بالاتفاق فلا يكون مودعا لملك نفسه فيصح ويثبت المشتري التحقق ايداع غير المالك كالمشتري ... وغيره ... وملكه بحسب المال الا انه ليس بلازم بجواز ان لا يؤول الى ملكه بان يختار المشتري البيع اما لو كان الخيار للبائع فسلمه الى المشتري ثم ان المشتري اودعه في مدة الخيار البائع فهلك في يده قبل نفاذ البيع او بعده بطل البيع في قولهم جميعا ولو كان البيع باتا فقبضه المشتري باذن البائع او بغير اذنه وله فيه خيار رؤية او عيب فاودعه البائع فهلك في يده هلك على المشتري ولزمه الثمن اتفاقا لان هذين الخيارين لا يمنعان ثبوت الملك فصح الايداع منه ومنها لو اشترى بالخيار عبدا ماذونا فابراه البائع من الثمن في المدة يصح ابراؤه استحسانا لا قياسا لان البائع لم يملك الثمن على المشتري بالخيار فلا يصح ابراؤه مما لا يملكه وفي الاستحسان يصح لوجود سبب ملكه للثمن وهو البيع واذا صح ابراؤه بالاتفاق بقي على خياره في السلعة ان شاء اجاز البيع فيأخذها بلا ثمن وان شاء رده فيرد السلعة للبائع عند ابي حنيفة رح لانه لم يملك المبيع فكان رده امتناعا عن تملك شيء بلا عوض والماذون يليه اي يملك ذلك كما له ان يمتنع عن قبول الهبة وعندهما لا يرده من الثمن والواقع ان المبيع يدخل في ملك المشتري بالخيار لو رده كان متبرعا مملكا بغير عوض والعبد الماذون ليس من اهل التبرعات فاذا امتنع الرد انبرم البيع بلا شيء واستشكل تصوير المسئلة بسبب ان الثمن لا يخرج عن ملك المشتري بشرط الخيار فكيف يتصور الابراء منه والجواب ان الابراء يعتمد شغل الذمة وليس من ضرورته زوال ملك المشغول ذمته عن مقداره الا يرى ان المديون مشغول الذمة ولم يزل ملكه عن شيء من ماله وانما اشتغلت ذمته بصحة السبب لان شرط الخيار ليس داخلا على السبب بل على حكمه كما تقدم ولوجود البيع لا بد ان تشتغل الذمة بالثمن ولا يظن انه يقارن وجوب ادائه بل الثابت اصل الوجوب وليس في اصل الوجوب طلب اصلا على ما عرف ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على ان المشتري بالخيار ثم اسلم المشتري في مدة الخيار بطل خياره عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده بطل البيع لانه لم يملكها باسقاط الخيار بعد الاسلام فتعين بطلان البيع وهو مسلم ولو كان الخيار للبائع واسلم فبطلان البيع بالاجماع هذا آخر ما فرعه المصنف من الفروع المتفرعة على الخلاف في دخول المبيع في ملك المشتري بالخيار ولو اشترى مسلم من مسلم عصيرا بالخيار فتخمر في المدة فسد البيع عنده لعجزه عن تملكه باسقاط خياره وتم عندهما لعجزه عن رده بفسخه ومنها اذا اشترى دارا على انه بالخيار وهو ساكنها باجارة او اعارة فاستدام سكناها قال الامام السرخسي لا يكون اختيارا وانما الاختيار ابتداء السكنى وقال خواهر زاده

قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ فى مدة الخيار وله ان يجيز فان اجاز بغير حضرة صاحبه جاز

استدامة السكنى اختيار عندهما لانه يملك الثمن وعنده ليس باختيار لانه بالاجارة او الاعارة لم يملك شيأ ومنها حلال اشترى ظبيا بالخيار
فقبضه ثم احرم والظبى فى يده ينتقض البيع عنده ويرد الى البائع ولا يلزم المشترى ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالاجماع ولو كان للمشترى
فاحرم البائع لا للمشترى ان يرده ومنها ان الخيار اذا كان للمشترى وفسخ العقد فالزوائد ترد على البائع عنده لانها لم تحدث على ملك المشترى
وعندهما للمشترى لانها حدثت على ملكه **قوله** ومن شرط له الخيار سواء كان بائعا او مشتريا او اجنبيا له ان يجيز فى مدة الخيار باجماع الفقهاء
وله ان يفسخ فان اجاز بغير حضرة صاحبه يريد بغير علمه جاز فاذا كان الخيار للبائع فنفاذ البيع باحدى معان ثلاث بمضى مدة الخيار
وبموته وباغمائه وجنونه فى المدة فان افاق فيها قال الاسبيجابى الاصح انه على خياره ولو سكر من الخمر لم يبطل بخلاف سكره من البنج ولو ارتد فعلى خياره اجماعا
فلو تصرف بحكم الخيار فهو موقوف عند ابى حنيفة رح خلافا لهما والمعنى الثالث ان يجيز البيع كان يقول اجزت البيع او رضيته او اسقطت خيارى ونحو ذلك واذا كان الخيار
للمشترى فنفاذه بما ذكرنا من الامور الثلاثة للبائع وبالفعل بان يتصرف فى المبيع تصرف الملاك فى مدة الخيار بان يعتق او يكاتب او يدبر او يبيع المبيع
ويسلمه او يرهنه او يوجره وان لم يسلمه على الاصح وكذا اذا الحق تحقيقه فى الرقة توجد الشرط فيهما ومن ذلك ان يباشر فى المبيع فعلا لا يحتاج اليه للامتحان ولا يحل فى غير الملك
بحال فان كان يحتاج اليه للامتحان او يحل فى غير الملك فهو على خياره فالوطء اجازة وكذا التقبيل بشهوة والمباشرة بشهوة والنظر
الى الفرج بشهوة لا بغير شهوة لان ذلك يحل فى غير الملك فى الجملة فان الطبيب والقابلة يحل لهما النظر والمباشرة نعم التقبيل لا الا ان ينظر اليه
من حيث هو مس ولو انكر الشهوة فى هذه الاشياء كان القول قوله لانه منكر سقوط خياره وكذا اذا فعلت الجارية ذلك يسقط خياره فى قول ابى حنيفة رح
وقال محمد لا يكون فعلها البتة اجازة للبيع لان شرط الخيار ليختار هو لا ليختار عليه ولابى حنيفة رح ان حرمة المصاهرة تثبت بهذه الاشياء وكانت
ملحقة بالوطء فصارت هذه الاشياء من حيث هى ملحقة بالوطء فى ايجاب حرمته كالمضاف الى الرجل واما المباضعة مكرها كان او مطاوعا اختيارا
اما عند ابى حنيفة رح فظاهر واما عند محمد رح فلان الوطء منقص حتى لو وجدت من غير المشترى يمتنع الرد فاما المباشرة اذا ابتدأتها والمشترى
كاره ثم تركها وهو يقدر على الامتناع فهو اختيار وانما يلزم سقوط الخيار فى غير المباضعة اذا اقر بشهوتها لان فعلها يلزم اسقاط خياره فيتوقف
على اقراره وبما يسقط خياره ولو دعى الجارية الى فراشه لا يسقط خياره والاستخدام ليس باجازة لانه يمتحن به والاستخدام ثانيا اجازة الا اذا كان
فى نوع آخر وقد اختلف كلامه فى الفتاوى الصغرى فقال الاستخدام مرارا لا يكون اجازة وقال فى موضع آخر قال المرة الثانية تبطل الخيار
واكله المبيع وشربه ولبسه يسقط الخيار وفى فتاوى قاضى خان اذا لبسه مرة واستخدم الخادم مرة لا يبطل خياره ويبطل بمرتين وركوبها
ليسقيها او يردها على البائع ليعلفها اجازة وقيل ان لم يمكنه بدون الركوب لا يكون اجازة واطلق فى فتاوى قاضى خان انه لا يبطل خياره وقال
وركوبها ليسقيها او يردها على البائع لا يبطل خياره استحسانا فجعله الاستحسان ولو قطع حوافر الدابة او اخذ بعض عرفها لا يبطل ولو نسخ من
الكتاب لنفسه او غيره لا يسقط ولو درس فيه يسقط وقيل على العكس وبه اخذ ابو الليث وطلب الشفعة بالدار المشتراة رضا بها بخلاف خيار
الرؤية والعيب لو حدث به عيب فى خيار المشترى بطل خياره سواء حدث بفعل البائع او بغير فعله عند ابى حنيفة رح وابى يوسف رح وقال محمد رح
لا يلزمه العقد بفعل البائع لان البائع لا يقدر على الزام البيع ومتى قلنا انه يلزم بجنايته اثبتنا له قدرة الزامه فتفوت فائدة شرط الخيار للمشترى
بخلاف ما اذا كان من اجنبى فان لزومه لا من قبله ولهما ان ما ينقص بفعل البائع فى ضمان المشترى فيلزم العقد فى ذلك القدر الذى تلف

وان فسخ لم يجز الا ان يكون الآخر حاضرا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح يجوز وهو قول الشافعي رح والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه له انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع او لا يطلب لسلعته مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه

في ضمانه وتعذرت على البائع حصته من الثمن فلو رد الباقي كان تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام في حق الرد وهو لا يجوز كتعدي الاجنبي واذا عرف هذا عرف ان المشتري يرجع على البائع بالارش ولو كان الخيار للبائع وحدث به عيب فهو على خياره لان ما انتقص بغير فعله فهو غير مضمون على البائع وكذا لو سقطت اطرافه لم يسقط شيء من الثمن لكنه يخير المشتري ولو حدث بفعل البائع انتقض البيع لان ما انتقص مضمون عليه ويسقط حصته من الثمن ولو بقينا الخيار تفرقت الصفقة على المشتري ولو نزع الدابة فهو رضا ولو حلب لبنها فهو رضا عند ابي حنيفة رح رواه ابو يوسف عنه وقال ابو يوسف لا يكون رضا حتى يشربه او يستهلكه ولو سقى حرثا في الارض فيما اذا اشترى الارض وحصد الزرع او فصل منه شيئا فيما اذا اشترى الزرع فهو رضا ولو سقى دوابه من النهر وشرب هو فليس برضا ولو طحن في الرحا فهو رضا وقد ذكر فيها تفصيل وذلك في رحا الماء وليست في ديارنا ولو كان المبيع دارا فيها ساكن فطلب المشتري الاجرة من الساكن فهو اجازة ولو غسل الثياب او الجارية او مشطها بالمشط والدهن والبسها فليس برضا قوله وان فسخ اي من له الخيار في المدة بغيبة صاحبه الآخر اي بغير علمه لم يجز عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وهو قول مالك رح وانما كنى بالحضرة عن العلم حتى لو لم يبلغه الفسخ الا بعد المدة تم البيع لعدم اعتبار ذلك الفسخ وقال ابو يوسف رح يجوز وهو قول الشافعي رح وكذا الاختلاف في خيار الرؤية والفسخ بالقول في المدة بان يقول فسخت او رددت البيع وغير ذلك مما يدل على رد البيع وهذا الفسخ بالقول هو الذي اختلف في جوازه بغير علم الآخر واما الفسخ بالفعل فيجوز بغير علمه اتفاقا وكان مقتضى النظر ان من قال يمنع الفسخ بغير علم صاحبه بالقول ان يقول به فيما هو فعل اختياري كالقول من حيث انه اختياري يثبت به الانفساخ بخلاف الموت وفعل الامة ودخول العيب بغير صنعه والهلاك فان كان الخيار للبائع فهو ان يتصرف في المبيع تصرف الملاك كالعتق والبيع والوطي وجميع ما قدمنا انه اجازة اذا صدر من المشتري من الافعال فهو فسخ اذا صدر من البائع له اي لابي يوسف انه اي الفاسخ مسلط على الفسخ من جهة صاحبه يعني الذي لا خيار له فلا يتوقف فسخه على علمه كبيع الوكيل يجوز مع عدم علم الموكل ولهما انه تصرف في حق الغير وهو الذي لا خيار له بالرفع ولا يعرى عن الضرر لانه اي الغير الذي لا خيار له عساه يعتمد على تمام البيع السابق اذا انقضت المدة ولم يظهر له الفسخ فيتصرف المشتري فيه فيما اذا كان الخيار للبائع والواقع انه فسخ فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك وقد تكون القيمة اكثر من الثمن او لا يطلب لسلعته مشتريا اعتمادا على نفاذ البيع لما لم يظهر له الفسخ في المدة اعتمادا على تمامه فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا النوع ضرر يجيء من قبل الانفراد بالفسخ فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل قصدا حال عدم علمه لا يثبت حكم العزل في حقه ما لم يعلم به كيلا يتضرر بلزوم الثمن من ماله اذا كان وكيلا بالشراء وبطلان قوله وتصرفه اذا كان وكيلا بالبيع وربما يتضرر المشتري منه النفاذ فيتشعب الفساد والحاصل انهما قد عارضا قياس ابي يوسف رح على تصرف الوكيل وقياسهما على عزل الوكيل ثم في قياسهما امور طردية لا معنى لها وهو قوله تصرف في حق الغير بالرفع فان هذا لا اثر له في نفي الصحة بلا علم انما اثره في نفي الصحة بلا اذن فان كونه حق الغير انما يمنع التصرف بلا اذن فهو بالنسبة الى العلم طرد والاذن قد وجد في ضمن شرط الخيار له فان قيل لا نسلم ان شرط الخيار تضمن الاذن له بالفسخ مطلقا انما يكون ذلك لو لم يكن مظنة ان يلحقه ضررا ما اذا كان الفسخ بغير علمه بطريق ضرر يلحقه فلا قلنا فاستقام ح ان المؤثر ليس الا كون فسخ مظنة ذلك الضرر وصح قولنا ان ما سواه لا اثر له من كونه تصرفا في حقه بلا علمه وح فيقتصر النظر على اثبات التضرر ولا يخفى ان الضرر الذي ذكر انه يلحق المشتري اذا كان الخيار للبائع في حيز التعرض لان غرامة

ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ

القيمة انما يكون بناء على زيادة القيمة على الثمن وهو غير لازم ولا اكثر بل قد يكون الثمن اكثر من القيمة فهما في محل التعارض بل الغالب ان البيع يكون بما هو قيمة المبيع خصوصا بياعات الاسواق فيبطل ذلك الشق واما ضرر البائع باعتماده فلا يطلب لساعته مشتريا فانما لحقه من تقصيره وحيث لم يستكشف من المشتري في المدة هل فسخت او لا ومثل هذا كثير في الفقه اعني الزام ما هو ضرر لتقصير من لزمه في احتياطه لنفسه مع المكنة بخلاف الوكيل فان ضرره لازم بالزام ثمن ما يشتريه عليه ان كان وكيلا بالشراء لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف فيتضرر بالزام ثمن ما لا غرض له فيه ولا حاجة له به وقد يكون مالا لا بمقداره به اداء قواله اعني عقوده اذا كان وكيلا بالبيع وهذا آخر على النفس من افتراض المال لدفع الدين لما يلزمه عند الناس من تحقير شانه ووضع قدره فالوجه لابي يوسف رحمه الله والشافعي اقوى والله اعلم وقوله ولا نقول انه مسلط من جهته وكيف وهو لا يملك الفسخ ولا تسليط مشاحة لفظية فان المراد من سلطه اذن له في التصرف في حقه ذلك بالرفع في المدة فاذا امتنع لتضمن شرط الخيار الاذن بلا علمه للضرر فكان الاذن مقيدا بعدم محل الضرر وهو حال العلم فجوابه ما ذكرنا من انتفائه في صورة التعارض وعدم تاثيره في آخري لتقصير من يلزمه وبهذا اجابوا عن المعارضة القائلة لو لم ينفرد من له الخيار بالفسخ يتضرر هو ايضا لانه يمكن انه يختفي صاحبه في المدة حتى تنقضي فقالوا اذا الضرر انما لزمه من جانبه بتقصيره في اخذ الكفيل واما الجواب بان الضرر بالاختفاء على صاحب الخيار لعجزه عن احضاره لا بالاختفاء فنفي سعة فضل الله التجاوز عنه وقيل الظاهر انه لا يختفي لانه امين حيث اثبت الخيار لصاحبه واعلم ان الالزام بهذا النوع في احد الروايتين في فتاوى قاضيخان جاء الى باب البائع ليرده فاختفى فيه فطلب من القاضي ان ينصب خصما عن البائع ليرده عليه قال بعضهم ينصب نظرا للمشتري وقال محمد بن سلمة لا يجيبه لان المشتري ترك النظر لنفسه حيث لم ياخذ منه وكيلا مع احتمال غيبته فلا ينظر له فان لم ينصب القاضي وطلب المشتري من القاضي الاعذار عن محمد روايتان في رواية يجيبه فيبعث مناديا ينادي على باب البائع ان القاضي يقول ان خصمك فلانا يريد ان يرد المبيع عليك فان حضرت والا نقضت البيع ولا ينقض القاضي بلا اعذار وفي رواية لا يجيبه الى الاعذار ايضا وقيل لمحمد يعني على هذه الرواية كيف يصنع المشتري قال ينبغي للمشتري ان يستوثق فياخذ منه وكيلا ثقة اذا خاف الغيبة حتى اذا غاب يرده على الوكيل وطريق نقض القاضي على احدى الروايتين انه اذا قال الخصم اني اعذرت اليه فاشهدت فنقول يقول القاضي اشهدوا انه زعم انه اعذر الى صاحبه في المدة كل يوم واختفى فان كان الامر كما زعم فقد ابطلت عليه الخيار فان ظهر وانكر فعلى المدعي البينة بالخيار والاعذار وهذا لانه لا يتمكن من اقامة البينة على ذلك قبل ظهوره لانه لا يحكم على غائب ولا تسمع حال غيبته للحكم بها عليه واذا عرف هذا فالمسائل الموردة نقضا مسلمة لانها على وفق ما ترجح من قول ابي يوسف لكنا نوردها بناء على تسليم تمام الدليل فمنها ان المخيرة تتم خيارها بالغنسها بلا علم زوجها ويلزمه حكم ذلك واجيب بان لزوم حكم الطلاق على الزوج بايجابه نفسه وهو تخييره وهو بعد الرضا والعلم وهو مدفوع بان اثبات خيار الفسخ بمنزلة اثبات خيار الطلاق فان كان الطلاق بايجابه فيجوز حال غيبته فكذا الفسخ بايجابه فيجوز حال غيبته ومنها الرجعة ينفرد بها الزوج ويلزم حكمها المراة حتى لو تزوجت بعد ثلاث حيض فسخ اذا اثبت الرجعة قبلها اجيب بان الزوج لا يلزمها حكما جديدا الا ان الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح وانما تثبت البينونة عند فراغ العدة بشرط عدم الرجعة فكان عليها ان تستكشف شرط تصرفها بل هو موجود اولى ومنها الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص فان حكمها يلزم غيره بلا علمه واجيب بانها اسقاطات لا يلزم بها شيء من اسقط عنه فلا يتوقف على علمه ومنها خيار المعتقة

قال واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته وقال الشافعي رحمه الله يورث عنه لانه حق لازم
ثابت في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا مشيئة وارادة ولا يتصور انتقاله والارث
فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فاما نفس الخيار لا يورث
وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا انه يورث الخيار

يصح اختيارها الفرقة بلا علم زوجها اجيب بانه لا رواية فيهما وعلى تقدير التسليم فالتخيير اثبته لها الشرع مطلقا وله الولاية عليهما ولا يخفى ان
هذا من فساد الوضع فان كون الشرع اثبت حكم التصرف على الآخر بغير علمه في خيار المخيرة يقتضي ان الشرع لا يوقف صحة التصرف على
علم الآخر في ثبوت حكمه في حقه فان قلت فما الضرر الذي يلزمه او لا حتى يحتاج الى جوابه قلنا امتناعه عن تزوج امته بناء على قيام نكاح
التي اعتقت ومنها خيار المالك في بيع الفضولي بدون علم المتعاقدين اجيب بان عقدهما لا وجود له في حق المالك اذ لا ولاية لهما عليه فاذا
رد فقد بقي عدم شرط الثبوت فانعدم اصلا في حقه فانه يقع الانعقاد حكما ومنها العدة فانها تلزم على المراة بتطليق الزوج وان كان
بغير علمها اجيب بان العدة لا تجب بالطلاق حتى يتوقف نفاذ الطلاق على علم من تجب عليه العدة الا يرى انها لا تجب بالطلاق قبل الدخول
بل الطلاق تصرف في حق نفسه بازالة ملكه اقدره الله تعالى عليه فانها تلزم في ضمن الطلاق والعبرة للمتضمن لا للمتضمن واما منها فليس جواز
الفسخ له بتسليط صاحبه لما ذكرنا وقد عرفت ما فيه فرع اشتريا على انهما بالخيار فرضي احدهما لا يرد للآخر عنده وقالا له رد نصيبه ولو كان
الخيار للعاقدين فقال البائع بحضور المشتري اجزته ثم قال المشتري فسخته بحضور الفسخ فان هلك في يد المشتري سقط الثمن ولو بدا المشتري بالفسخ ثم البائع بالاجازة
ثم هلك فعلى المشتري قيمته ولو تفاسخا العقد ثم هلك في يد المشتري قبل الرد بطل حكم الفسخ ذكره في المجتبى وفي الفتاوى باع ارضا على ان البائع بالخيار ثلاثة ايام
وتقابضا ثم نقض البائع البيع تبقى الارض مضمونة على المشتري وللمشتري حبسها لاستيفاء الثمن الذي كان دفعه الى البائع فان اذن البائع بعد ذلك للمشتري في
زراعتها فزرعها تصير امانة عند المشتري وكان للبائع ان ياخذها متى شاء قبل ان يرد الثمن وليس للمشتري حبسها لانه لما زرعها باذن البائع صار كانه سلمها الى البائع
ولو مرض العبد والخيار للمشتري فلقي البائع فقال نقضت البيع ورددت العبد عليك فلم يقبل البائع ولم يقبضه فان مضت المدة والعبد مريض لزم المشتري
وان صح فيها فلم يرده حتى مضت كان له ان يرده على البائع بذلك الرد الذي كان منه ومن باع على انه بالخيار فصالحه المشتري على دراهم
او عرض بعينه على ان يسقط الخيار ويمضي البيع ففعل جاز وطاب له اذ حاصله زيادة في الثمن وكذا لو كان الخيار للمشتري فصالحه البائع على ان
يسقط الخيار ويحط عنه من الثمن كذا او يعطيه هذا العرض جاز لانه زيادة في المبيع او حط من الثمن ولو امره ببيع عبده على ان يشترط الخيار ثلاثة
ايام فباعه مطلقا لم يجز ولو امره مطلقا فباعه بشرط الخيار للآمر او للاجنبي صح ولو وكله بالشراء توكيلا صحيحا فهو على ما ذكرنا من التفصيل الا ان العقد متى لم ينفذ على
الآمر ينفذ على المامور بخلاف البيع لان الشراء اذا لم يجد نفاذا نفذ على العاقد قوله واذا مات من له الخيار بطل خياره بائعا كان او مشتريا ولم ينتقل الى ورثته واذا بطل خياره
يتم البيع فان كان الخيار للبائع دخل ثمن المبيع في ملك المشتري وان كان الخيار للمشتري دخل المبيع في ملك ورثته وللبائع الثمن في التركة ان لم يكن قبضه وقيد
بمن له الخيار لانه اذا مات العاقد الذي لا خيار له فالآخر على خياره بالاجماع فان امضى البيع مضى وان فسخ انفسخ وقال الشافعي يورث عنه
وبه قال مالك على ما هو في كتبهم المشهورة لانه اي الخيار حق الانسان لازم حتى ان صاحبه لا يملك ابطاله فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين
فانهما يورثان بالاتفاق ولنا ان الخيار ليس الا مشيئة وارادة فلا يتصور انتقاله لانه وصف شخصي لا يمكن فيه ذلك والارث فيما يمكن فيه الانتقال
وهو الاعيان ولفظ مشيئة منصوب على انه خبر ليس وما في الشروح من انه بدل عن الخبر وتقديره ان الخيار ليس شيئا الا مشيئة مبني على قول
ضعيف في العربية من ان يقدر المعمول غير ما فرغ العامل له ويجعل ما بعد الا بدله والمختار ان المفرغ له هو المعمول ففي ما قام الا زيد زيد فاعل
بخلاف ما قاسوا عليه من خيار العيب لان الارث فيه لعين من جملة الجزء المستحق فاذا دخل في ملكه تمام الاجزاء وبعضها متلبس بالنقصان كان له ان يختار

قال ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض واصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لان الخيار من مواجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض ولو اجاز احدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في اخرى وجه الاول ان تصرف العاقد اقوى لان النائب يستفيد الولاية منه وجه الثاني ان الفسخ اقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول قول محمد رح والثاني قول ابي يوسف رح واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد رح يعتبر فيه تصرف الموكل وابو يوسف رح يعتبرهما

ان يترك حقه او يطلبه وهذا معنى ثبوت خيار العيب غير ان طلبه لا يمكن شرعا الا برد الكل و خيار التعيين فجعله اصلا آخر للشافعي لا يصح على اصله لانه لا يجيز خيار التعيين فكانه ذكره الزاما لنا وجوابه كذلك ان المورث هو احد العينين المخير في تعيينه فينتقل الى الوارث ذلك ولازمه اختلاط الملكين فصار كما اذا اورث مالا مشتركا فيثبت حكم ذلك وهو وجوب التعيين والافراز وهو معنى الخيار فجاز الخيار لانه ما للعين الموروثة في الموضعين ضمنا لا قصدا على وجه الاستقلال ولا يمكن ذلك فيما فيه خيار الشرط لان البيع ليس ملزوما للخيار لينتقل الى الوارث بما فيه على انه لا يتصور فيما اذا كان الخيار للمشتري فانه لم يدخل المبيع في ملكه عند ابي حنيفة رح فلا يورث ووجهه قوي على ما تقدم ويقال على اصل الدليل قولكم لا يتصور انتقال الوصف ان اردت حقيقة فمسلم لكن مرادنا بالانتقال ان يثبت للوارث شرعا ملكا واستحقاقا خلف ملك الميت واستحقاقه لا عين ذلك الملك والاستحقاق المقيد باضافته الى الميت لان ذلك غير ممكن فالوجه في الاستدلال ليس الا ان يقال ثبوت ذلك شرعا في املاك الاعيان معلوم متفق عليه واما ثبوته عن الشرع في غيرها من الحقوق فيتوقف على الدليل السمعي ولم يوجد ونفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي فان قالوا بل قد وجد وهو ما روي عنه عليه الصلوة والسلام انه قال من ترك مالا او حقا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي قلنا الثابت قوله مالا في الصحيح واما الزيادة الآخرى فلم تثبت عندنا وما لم تثبت لم يتم الدليل واما الجواب بان الملك انما ينتقل في ضمن انتقال العين فبعدانه في غاية الضعف اذ لا معنى لكون الارث انتقال النفس ذات العين والملك يتبعها للتعليل تامل فان حقيقة انتقالها انما هو في المكان قال الى ان المراد انتقال ملكها ليس غير ثم بينا المراد بقولهم انتقل ملكها بما ينفي كل ذلك الكلام المحاول المكتوبة في بعض الشروح هذا ويلزمه على تقدير ثبوته ان يورث خيار المجلس عندهم والمنقول عنهم عدمه ثم نقول مقتضى النظر ان يتفرع عدم انتقال الخيار الى الورثة على ابي حنيفة رح اما على قولهما فينبغي ان يورث لانهما يثبتان الملك للمشتري بالخيار في العين فينتقل الى الورثة عن مملوكة له فيها خيار ان يفسخ كما في خيار العيب بعينه وفي خيار البائع ينتقل الثمن مملوكا لهم **قوله** ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره يعني لغيره الذي هو ليس عاقدا والا فغيره يصدق على البائع فايهما اجاز من الشارط العاقد او المشروط له الذي هو غيره جاز وايهما نقض البيع انتقض فانه من مبتدا والجملة الشرطية وهي ايهما اجاز جاز خبره واذا تضمن المبتدا معنى الشرط جاز دخول الفاء في خبره نحو الذي يأتيني فله درهم واصل هذا اي جواز اشتراطه لغير العاقد ان جوازه استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر وقول الشافعي رح وبقولنا قال مالك واحمد وهو الاصح من مذهب الشافعي رح الا ان في ثبوته للعاقد مع ذلك الغير وجهين في وجه يثبت لهما وفي وجه يثبت للغير وحده وعلى قوله الموافق لقول زفر فيه وجهان في وجه يفسد البيع وفي وجه يصح البيع ويبطل الشرط وجه قول زفر ان الخيار من موجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري واشتراط ملك المبيع لغير المشتري واشتراط تسليم الثمن او المبيع على غير العاقدين ولان هذا التعليق انفساخ البيع وابرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك وقياسا على خيار الرؤية والعيب وجه الاستحسان ان الحاجة قد تمس الى اشتراطه للغير لان شرعيته لاستخلاص الرأي وقد يكون الانسان يعلم من نفسه قصور الرأي والتدبير غير واثق بها في ذلك بل للغير فمن يعلم حزمه وجودة رأيه ومعرفته بالقيم واحوال المبايعات فيشترط الخيار له تحصيل المقصود من شرعيته فيجب تصحيحه واجنبية عن العقد انما يمنع ان سلمنا صحته بانعيته لو اجزناه اصلا مستقلا لكنا لم نعتبره الا تبعا لثبوت الاشتراط للعاقد فيثبت اشتراطه لنفسه اقتضاء تصحيحا لتصرفه فيثبت له

قال ومن باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار فى احدهما ثلثة ايام فالبيع فاسد وان باع كل واحد منهما بخمسمائة على انه بالخيار فى احدهما بعينه جاز البيع والمسألة على اربعة اوجه احدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذى فيه الخيار وهو الوجه الاول فى الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لان الذى فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد فى حق الحكم فبقى الداخل فيه احدهما وهو غير معلوم والوجه الثانى ان يفصل الثمن ويعين الذى فيه الخيار وهو المذكور ثانيا فى الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد فى الذى فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد فى الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث ان يفصل ولا يعين والرابع ان يعين ولا يفصل والعقد فاسد فى الوجهين اما لجهالة المبيع او لجهالة الثمن

ويستشكل باستلزامه ثبوت ما هو الاصل بطريق الاقتضاء والثابت به انما هو ما يكون تبعا قلنا الملازمة ممنوعة لان التبعية والاصالة بالنسبة الى ما هو المقصود اولا وبالذات لا بالنسبة الى الوجود فالمقصود بالذات فى قوله اعتق عبدك عنى بالف انما هو العتق فكان التمليك مقصودا لغيره تبعا للمقصود ليصح العتق عنه وان كان اصلا بالنسبة الى الوجود فكذا ههنا المقصود اولا وبالذات ليس الا الاشتراط للاجنبى لانه هو الذى به يحصل مقصود العاقد بالغرض فكان ثبوته للعاقد تبعا للمقصود ليصح المقصود به فكان ثبوته بطريق الاقتضاء واقعا على ما هو الاصل فى الاقتضاء هذا هو التحقيق ان شاء الله تعالى ولا حاجة فى جوابه الى تكلف زائد فان قيل فلم لم يجز اشتراط الثمن على الاجنبى فيثبت كذلك اقتضاء كما يثبت الخيار له ويثبت للعاقد اقتضاء اجيب بان الثمن دين على العاقد والكفالة ليس فيها نقل الدين الى الكفيل فلو ثبت الكفالة اقتضاء لاشتراطه على الاجنبى لبطلت المقتضى وهو اشتراطه فانه انما يعنى به ثبوته على المشترط عليه على ما هو ثابت على العاقد نعم لو كفله كفالة صريحة بالثمن الدين صح وعند صيرورة الخيار لهما يكون لكل منهما الخيار فايهما اجاز جاز وايهما نقض البيع انتقض فلو اجاز احدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده فى زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان معا يعتبر تصرف العاقد فى رواية كتاب البيوع نقضا او اجازة والتصرف الآخر هو الفسخ فى اخرى هى رواية كتاب المأذون سواء كان من العاقد وكيله الاجنبى وجه الاول ان تصرف العاقد اقوى لان النائب يستفيد الولاية منه والتصرف الصادر عن اصالة اقوى من التصرف الصادر عن نيابة واستشكل بما اذا وكل رجلا آخر بطلاق امرأته فطلق الموكل والوكيل معا فانه اوقع طلاق احدهما الاطلاق الموكل معينا ولو كان المرجح الاصيل لتعين طلاقه اجيب بان الوكيل فى الطلاق سفير كالوكيل فى النكاح فكانت عبارته عبارته فالصادر من كل منهما عين الصادر من الآخر ووجه الثانى ان لا ترجيح لكونه اصيلا ووكيلا لان الوكيل بعد ما استفاد الولاية على الفعل كان شانه وشانه سواء ثم يترجح بنفس التصرف والفسخ اقوى لانه يلحق المجاز فيبطله والاجازة لا يلحق المنسوخ فيبرمه قال شمس الائمة الصحيح ما ذكر فى المأذون ثم قالوا الاول قول محمد والثانى قول ابى يوسف واستخرج هذا التخريج من مسئلة اختلفا فيها هى ما اذا وكل غيره ببيع عبده فباع الموكل من رجل والوكيل من آخر فمحمد جعل البيع ممن باع منه الموكل ترجيحا لتصرفه للاصالة وابو يوسف يعتبرهما على السواء فيجعل العبد مشتركا بينهما ويخير كل منهما لتفرق الصفقة وعيب الشركة وقيل عند محمد يصح فى النصف ويفسخ فى النصف اى فيما اذا شرط الخيار لغيره ولكن يتخير صاحبه لتفرق الصفقة عليه قوله ومن باع عبدين بالف على انه بالخيار فى احدهما ثلثة ايام فالبيع فاسد الخ والمسئلة على اربعة اوجه فى ثلثة البيع فاسد وفى واحدة صحيح احدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذى فيه الخيار وهى المذكورة فى الجامع الصغير ويمكن ان يكون هو المراد بالكتاب فى قوله وهو الوجه الاول المذكور فى الكتاب والاظهر انه يريد به البداية لان الهداية شرحها وفسادها بجهالة المبيع والثمن جميعا وذلك لان الذى فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه فى حق الحكم فكان كانه خارج عن البيع والبيع انما هو فى الآخر وهو مجهول بجهالة من فيه الخيار ثم ثمن البيع مجهول لان الثمن لا ينقسم فى مثله على المبيع بالاجزاء وثانيها هو الوجه الجائز ان يعين كلا بان يقول بعتك كل واحد من هذين بخمسمائة على انى بالخيار فى هذا الانتفاء المفسد بجهالة احد الامرين فان قيل ان انتفى مفسد الجهالة فقد تحقق مفسد آخر وهو انه جعل قبول العقد فى الذى فيه الخيار وهو غير داخل فى الحكم شرطا لانعقاده فى الذى ليس فيه الخيار وذلك مفسد كما لو جمع بين حر وعبد حيث لا يجوز البيع فى العبد اجاب عنه المصنف بالاشارة الى السؤال بقوله وقبول العقد فى الذى فيه الخيار ان كان شرطا لانعقاد العقد فى الآخر لكن هذا غير مفسد للعقد لكونه اى من فيه الخيار محلا للبيع فهو كما لو جمع بين قن ومدبر وباعهما بالف حيث ينعقد البيع فى القن

قال ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلثة ايام فهو جائز وكذلك الثلثة فان كانت اربعة اثواب فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي رحمه الله وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلث لوجود الجيد والوسط والردي فيها والجهالة لا تفضي الى المنازعة في الثلث لتعيين من له الخيار وكذا في الاربع الا ان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما

بحصته وان كان قبول العقد في المدبر شرطا فيه وذلك لدخول المدبر في البيع لمحليته له في الجملة ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيعه جاز فكان القبول شرطا صحيحا بخلاف ما شبه به من الجمع بين الحر والعبد لان الحر ليس بمال اصلا فلا يدخل في البيع بحال فكان اشتراط قبوله اشتراط شرط فاسد في الجمع بين القن والمدبر في البيع خلاف سياتي ان شاء الله تعالى في آخر البيع الفاسد وثالثها يفصل ولم يعين الذي فيه الخيار كان يقول البائع بعتك كل واحد من هذين بخمسمائة على اني بالخيار في احدهما ففساده بجهالة المبيع بسبب جهالة من فيه الخيار ورابعها ان يعين الذي فيه الخيار ولا يفصل الثمن وهو ان يقول بعتك هذين بالف على اني بالخيار في هذا والفساد فيه بجهالة الثمن لان المبيع وان كان معلوما بتعيين من فيه الخيار الا ان ثمنه مجهول لما قلنا ان الثمن لا ينقسم عليهما بالسوية فان قلت ما الفرق بين هذا الذي لم يعين فيه الثمن وبين ما اذا جمع بين عبدين في المبيع بثمن واحد فاذا احدهما مدبر او مكاتب او جاريتين فاذا احدهما ام ولد حيث يصح البيع في القن بحصته من جملة الثمن مع ان ثمن كل منهما مجهول الكمية حال العقد ولا تصح في المسئلة المذكورة في الكتاب بالحصة اجيب ان من مشائخنا من لم يشتغل بالفرق وقال قياس ما ذكرنا هنا ان لا يجوز العقد في تلك المسائل في القن ويصير ما ذكر هنا رواية في تلك المسائل ومنهم من اشتغل بالفرق وهو الصحيح وهو ان المانع من حكم العقد هنا مقترن بالعقد لفظا ومعنى فاثر الفساد لان شرط الخيار يمنع الانعقاد في المشروط فيه فيكون كالمعدوم فلم ينعقد فيه ابتداء فينعقد في الآخر بالحصة ابتداء بخلاف تلك المسائل فان المانع مقترن فيها معنى لا لفظا فيدخل المدبر ومن معه في البيع لما ذكرنا من محليتهم في الجملة ثم يخرجون بناء على استحقاقهم انفسهم حكما شرعيا لم يتصل به حكم قاض يسقطه وعلى ما ذكرنا هنا يتفرع ما في فتاوى قاضي خان باع عبدين على انه بالخيار فيهما وقبضهما المشتري ثم مات احدهما لا يجوز البيع في الباقي وان تراضيا على اجازته لان الاجازة ح بمنزلة ابتداء العقد في الباقي بالحصة ولو قال البائع في هذه المسئلة نفذت البيع في هذا او في احدهما كان لغوا كانه لم يتكلم وخياره فيهما باق كما كان كما لو باع عبدا واحدا وشرط الخيار لنفسه فنقض البيع في نصفه **قوله** ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ الخ المراد ان يشتري احد ثوبين او ثلثة غير معين على ان ياخذ ايهما شاء وهذا خيار التعيين يعني اي الثوبين او الثلاثة شاء على انه بالخيار ثلاثة ايام فيهما يعينه بعد يعينه للبيع اما اذا قال بعتك عبدا من هذين بمائة ولم يذكر قوله على انك بالخيار في ايهما شئت لا يجوز اتفاقا كقوله بعتك عبدا من عبيدي وان اشترى احد اربعة لا يجوز والقياس ان يفسد البيع في الكل في اخذ الاثنين والثلاثة كما يفسد في الاربعة وهو اي القياس قول زفر والشافعي وجه الاستحسان ان شرع الخيار في خيار الشرط للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لان الانسان قد يحتاج الى راي غيره في اختيار المبيعات وهو ليس بحاضر وليس بحيث يحضر لعلوه او تحجبها خصوصا اذا كانت اهله لا ينبغي ان يتركها تلج الاسواق وتمارس الرجال لشراء حاجتها فيحتاج ان يرفع اليه العدد من ذلك النوع ليختار الاوفق ولا يمكنه البائع من حمله اليه الا مبيعا فكان في معنى ما ورد به النص فيجوز غير ان الحاجة تندفع بالثلث لتحقق الجيد والردي والوسط فيها فيندفع بحمل واحد من كل نوع من الثلاثة فلا تشرع الرخصة في الزائد لان شرط الرخصة للحاجة وقوله المصنف والجهالة لا تفضي الى المنازعة جواب عن تعليل زفر والشافعي بها واذا ظهر ان جواز هذا البيع للحاجة الى اختيار ما هو الاوفق لمن يقع الشراء له والارفق حاضرا او غائبا ظهر انه لا يجوز للبائع بل يختص خيار التعيين بالمشتري لان البائع لا حاجة له الى اختيار الاوفق والارفق لان المبيع كان معه قبل البيع وهو ادرى بما يلائمه منه فيرد جانب البائع الى القياس ولهذا نص في المجرد على انه

ثم قيل يشترط ان يكون فى هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور فى الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور فى الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لا شرطا واذا لم يذكر خيار الشرط لابد من توقيت خيار التعيين بالثلث عنده وبمدة معلومة اينما كانت عندهما ثم ذكر فى بعض النسخ اشترى ثوبين وفى بعضها اشترى احد الثوبين وهو الصحيح لان المبيع فى الحقيقة احدهما والآخر امانة والاول تجوز واستعارة ولو هلك احدهما او تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما جميعا ولو مات من له الخيار فلوارثه ان يرد احدهما لان الباقى خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقت فى حق الوارث فاما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل

لا يجوز فى جانب البائع وذكر الكرخى انه يجوز استحسانا لانه بيع يجوز مع خيار المشترى فيجوز مع خيار البائع قياسا على الشرط وانتهى الفرق ثم اختلف المشائخ فى انه هل من شرط جواز هذا البيع اعنى البيع الذى فيه خيار التعيين ان يكون فيه خيار الشرط كما قدمنا فى الصورة قيل نعم كما هو المذكور فى الجامع الصغير تصويرا على ما ذكرناه ونسبه قاضى خان الى اكثر المشائخ وقال شمس الائمة فى جامعه هو الصحيح وقيل لا يشترط وهو المذكور فى الجامع الكبير وغيره والمذكور فى الجامع الصغير من الصورة وقع اتفاقا لا قيدا وصحح فخر الاسلام وقال الصحيح عندنا انه ليس بشرط وهو قول ابن شجاع وجه الاشتراط وهو قول الكرخى ان القياس يابى جواز هذا العقد لجهالة المبيع وقت لزوم العقد وانما جاز استحسانا بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه ولا يخفى ضعف هذا الكلام فانه يقتضى ان شرط الالحاق بالدلالة ان يكون فى محل الصورة الملحقة الصورة الثانية بالعبادة وكان يلزم ان لا يصح البيع بخيار النقد الا فى بيع فيه خيار الشرط لان صحة البيع على انه ان لم ينقد الى ثلاثة ايام فلا بيع مما ثبت بدلالة نص خيار الشرط ولا يعلم اشتراط ذلك غير انهما ان تراضيا على خيار الشرط مع خيار التعيين ثبت حكمه وهو جواز ان يرد كلا من الثوبين الى ثلاثة ايام ولو بعد تعيين الثوب الذى فيه البيع لان حاصل التعيين فى هذا البيع الذى فيه شرط الخيار انه عين المبيع الذى له الخيار لا انه يسقط خياره ولو رد احدهما كان بخيار التعيين ويثبت البيع فى الآخر بشرط الخيار ولو مضت الثلاثة قبل رد شئ وتعيينه بطل خيار الشرط وانبرم البيع فى احدهما وعليه ان يعين ولو مات المشترى قبل الثلاثة ثم بيع احدهما وعلى الوارث التعيين لان خيار الشرط لا يورث والتعيين ينتقل الى الوارث ليميز ملكه من ملك غيره على ما ذكرناه ولهذا لا يتوقت فى حق الوارث كما ذكره المصنف لانه صار بمنزلة الشريك المختلط ماله بمال غيره فما لم يطلب شريكه القسمة لم يتعين عليه ولا يفوت حقه وان لم يتراضيا على خيار الشرط معه لابد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند ابى حنيفة كما فى خيار الشرط لانه اصله وعندهما اى مدة تراضيا عليها بعد كونها معلومة وعلى هذا يجب انه اذا كان فيه خيار الشرط وانقضت المدة حتى انبرم فى احدهما ولزم التعيين ان يتقيد التعيين بثلاثة من ذلك الوقت وخرج فاطلاق الطحاوى قوله خيار الشرط موقت بالثلاث فى قوله غير موقت بها عندهما وخيار التعيين غير موقت فيه نظر وقد طولب بالفرق على قول ابى يوسف حيث قصر المدة على الثلاثة فى خيار النقد اخذا بالقياس ولم يقتصر فى خيار التعيين عليها اجيب بان فى خيار النقد تعليقا صريحا باداة الشرط فلا يكون الوارد فى خيار الشرط واردا فيه بخلاف خيار التعيين فانه ليس فيه صريح التعليق فكان فى معناه وهذا يوجب ان اخذه فى خيار النقد فى الثلاثة باثر ابن عمر فيه ونفى الزائد بالقياس واثر ابن عمر نقله الفقيه ابو الليث فى شرح الجامع عن محمد بن الحسن عن عبد الله ابن المبارك عن ابن جريج عن سليمان مولى ابن البرصاء قال بعت من عبد الله بن عمر جارية على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بيننا فاجاز ابن عمر هذا البيع ولم يرد عن احد من الصحابة خلافه الا انه لا يطابق قول المصنف فى خيار النقد فيما تقدم فابو يوسف اخذ فى الاصل بالاثر وفى هذا بالقياس **قوله** ولو هلك احدهما او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالعيب علله المصنف بامتناع الرد بالعيب فيعرف منه ان هذا اذا كان بعد ان قبضهما لامتناع رده بسبب العيب الذى حدث فيه عنده وتقدم ان الهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فاذا هلك الآخر بعده هلك بغير شئ لانه تعين امانة اما لو هلك احدهما قبل القبض او تعيب فلا يبطل البيع والمشترى بالخيار ان شاء اخذ الباقى بثمنه وان شاء ترك ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع ولو هلكا معا بعد القبض لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع المبيع والامانة فليس احدهما اولى بكونه المبيع من الآخر وكذا اذا هلكا على التعاقب ولم يدر السابق منهما وثمرة هذا انما يظهر اذا كان ثمنهما متفاوت الكمية فان كانا متفقين فلا وكذا اذا هلكا على التعاقب

ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار اخرى الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رح خاصة

فلو اختلفا في الهالك وفي قيمته فادعى البائع انه اكثرهما ثمنا وقال المشتري الاقل فان القول قول المشتري مع يمينه على ما استقر عليه قول ابي يوسف ومحمد وكان ابو يوسف يقول اولا يتحالفان فايهما نكل لزمه دعوى الآخر وان حلفا يجعل كانهما هلكا معا ثم رجع الى ما ذكرنا من قول محمد وايهما قبل فان اقاما فالبينة بينة البائع لاثباتها الزيادة ولو تعيبا معا لم يبطل خيار الشرط وامتنع عليه ردهما وخيار التعيين على حاله فيمسك ايهما شاء بثمنه ويرد الآخر ولا يغرم من قيمة عيب المردود شيئا استحسانا لان المعيب محل لابتداء البيع ايضا بخلاف الهالك ليس محلا لابتدائه فليس محلا للتعيين ولو كان البيع فاسدا فقبضهما فاحدهما مضمون عليه بالقيمة والآخر امانة ولو ماتا جميعا ضمن نصف قيمة كل منهما بخلاف البيع الصحيح يضمن نصف ثمن كل فان قيل من اين يتعين المعيب للبيع دون الامانة واحدهما الا على التعيين مبيع كما ان احدهما الا على التعيين امانة وامتناع الرد يمكن ان يكون باعتبار المبيع على الدليل الحادث وهو البيع فانه سبب لايجاب الضمان ذكره القاضي الغني في مختلفاته واما عدم الضمان على الامين فباستصحاب الحال فان قيل فلم لم يضمن الآخر اذا هلك ثانيا باعتبار انه مقبوض على سوم الشراء الجواب بمنع انه كذلك بل المقبوض كل منهما على حقيقة الشراء لاحدهما وليس هنا شيء على سوم الشراء لان ما على سوم الشراء لا يوجد فيه عقد بل تعيين الثمن فقط وهنا يوجد تمام العقد فلزم بالضرورة ان قبض العينين على ان احدهما غير عين مبيعا واحدهما غير عين امانة فاذا فرض وجود ما يعين المبيع منهما من الاسباب تعين الآخر للامانة فان قيل لاي شيء انعكس حكم طلاق احدى الزوجين وعتق احد العبدين هنا حيث يتعين للطلاق والعتاق الباقي لا الهالك والبيع هنا يتعين الهالك للبيع اجاب على القمي بانه لا فرق في الحاصل لان الهالك يهلك على ملكه في المسائل كلها غير انه اذا هلك كل من الزوجة والعبد على ملكه تعين الباقي بالضرورة للطلاق والعتاق فاذا هلك العبد هنا على ملكه تعين الباقي للامانة وانت تعلم ان حقيقة السؤال انه لاي شيء جعل الهالك هنا هو المحل للتصرف دون الباقي وهناك جعل المحل للتصرف الباقي دون الهالك مع ان التصرف في الكل لا في الاحد الدائر بين المعينين فلا بد من الفرق وهو ان العبد هنا لما اشرف على الهلاك خرج من ان يكون محلا للرد بالوجه الذي قلناه من المختلفات فتعين العقد فيه فتعين الباقي للضرورة وحين اشرفت الزوجة والعبد على الهلاك لم يخرجا عن كونهما محلا للرد بالوجه محلا للطلاق والعتاق وهو التصرف فتعين الباقي لها ضرورة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كلا واحد منهما بعشرة على انه بالخيار ثلاثة ايام فهلك احدهما فانه يمتنع عليه رد الآخر لان العقد تناولهما جميعا حتى ملك اتمام العقد فيهما فاذا تعذر عليه رد احدهما لا يتمكن من رد الآخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وهنا العقد انما تناول احدهما حتى لا يملك اتمام العقد فيهما **قوله** ومن اشترى

دارا على انه بالخيار ثلاثة ايام او اقل او اكثر عندهما فبيعت دار الى جانبها فاخذها بالشفعة فهو رضا بالبيع فيسقط خياره واستفدنا من هذا ان من اشترى دارا بالخيار له ان يشفع بها فيما يباع بجنبها لان له الاجازة والرضا والشفعة بها رضا بها لانها تدل على اختياره للملك فيما يشفع به لانه اي الشان ما تثبت الشفعة الا لدفع ضرر الجوار وذلك اي ضرر الجوار يحصل باستدامة الملك فحيث شفع دل على انه مستديم للملك فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رح خاصة لانه القائل بان المشتري بالخيار للمشتري لا يدخل في ملك المشتري فلا يشفع بها وقد قال يشفع بها فيحتاج الى جعله فعلا يفيد الرضا بالبيع فيبرم البيع فيثبت الملك من وقت عقد الخيار فيكون سابقا على شراء ما فيه الشفعة اما على قولهما فلا حاجة لانهما قائلان بان المشتري بالخيار ملكها فيتجه له الشفعة بها والوجه انهما ايضا يحتاجان الى زيادة ضميمة لان الملك وان كان ثابتا عندهما فليرفعه فهو عرضة للزوال والشفعة لدفع الضرر المستمر

قال واذا اشترى الرجلان غلاما على انهما بالخيار فرضي احدهما فليس للآخر ان يرده عند ابي حنيفة رح وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضاء برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد قال ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه ما رضي به دونه

تعيين شفيع دل على قصده استيفاء الملك فيسقط خياره فلا ينفسخ بعد ذلك وفي المبسوط على تقدير انه لم يملكها على قول ابي حنيفة وعدم هذا التقرير قال لانه صار احق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالماذون المستغرق بالدين والمكاتب فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقبة الدار بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع فان المشتري هنا لم يصر احق بالتصرف ولو اعتبر الماذون والمكاتب كوكيل عن السيد في الحال كان حسنا ويرجع الاخذ بالشفعة الى سبب الملك هذا ولو كان خيار رؤية كان له ان يشفع في الدار المبيعة الى جانبها ولا يسقط خيار الرؤية حتى اذا راها كان له ان يردها بعد ما شفع بها وسياتي انه لو اسقط خيار الرؤية صريحا لا يسقط لانه معلق بالرؤية فقبلها هو عدم فحقيقة قولنا ثبت له خيار الرؤية انه اذا راها ثبت له خيار الرؤية وكذا لا يبطل خيار العيب بالاخذ بالشفعة قوله واذا اشترى الرجلان عبدا اشترطا على انهما بالخيار ورضي احدهما بالبيع بطل خيار الآخر فليس له ان يرده عند ابي حنيفة رح وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب والرؤية بان اشترى الرجلان شيئا فاطلع على عيبه فرضي به احدهما دون الآخر لم يكن للآخر رده عنده وعندهما له ذلك واشتريا ولم يرياه فعند الرؤية رضي احدهما دون الآخر لهما ان اثبات الخيار والاجازة لكل منهما فلا يسقط حقه باسقاط صاحبه حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد فان البائع كان بحيث ينتفع به متى شاء كيف شاء فصار بحيث لا يقدر على ذلك الا بطريق المهايات والخيار ما شرع لدفع الضرر عن احدهما بالحاق الضرر بالآخر فان قيل هذا الضرر حصل في ملك البائع قلنا ممنوع لانه بعد خروجه عن ملكه فان مع اختيار المشتري يخرج المبيع عن ملك البائع فان قيل لما شرط الخيار لهما فقد رضي بهذا العيب اجيب بانه انما رضي به في ملكهما فان قيل بل رضي به مطلقا لان الخيار معلوم انه قد يكون عنه فسخ وقد يكون عنه ابرام فشرطه رضا لكل من الامرين اجاب عنه المصنف بقوله وليس من ضرورة الخ يعني لا يلزم من كونه شرط لهما ان يكون راضيا بفسخ احدهما لجواز كونه راضيا بفسخهما فاذا جاز هذا كان هو الظاهر اذ الظاهر ان المقصود من العاقل اذا احتمل كلامه امرين في احدهما ضرر دون الآخر انه اراد المحتمل الذي لا ضرر فيه لان الظاهر بل اللازم عدم قصد العاقل الى ما لا يضره بلا فائدة قوله ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب اي حرفته ذلك فكان بخلاف ذلك فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه ولو مات هذا المشتري انتقل الخيار الى ورثته اجماعا لانه في ضمن ملك العين وهذا الشرط حاصله شرط وصف مرغوب فيه في المبيع ولو كان موجودا فيه دخل في العقد ومن كان من مقتضياته فكان شرطه اذا لم يكن فيه ضرر صحيحا فالاصل في اشتراط الاوصاف ان ما كان وصفا لا غرر فيه فهو جائز وما فيه غرر لا يجوز الا ان يكون اشتراطه بمعنى البراءة من وجوده وهو ما ليس مرغوبا فيه فعلى هذا يتفرع ما لو باع ناقة او شاة على انها حامل او تحلب كذا فالبيع فاسد عندنا خلافا للشافعي على الاصح عنده لانه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها حتى لو شرط انها حلوب جاز كما اذا شرط في الفرس انها هملاج وفي الكلب انه صائد حيث يصح ومنه شرط كونه ذكرا او انثى او شرط الثمن مؤجلا اما لو اشترى جارية على انها حامل فاختلف المشايخ فيه قيل لا يجوز كالناقة والشاة وقيل يجوز لان الحبل في الجواري عيب بخلاف البهائم فكان ذكره ذلك للبراءة عن العيب وقيل ان اشتراها ليتخذها ظئرا فشرط انها حامل يعني ذلك غرضه للبائع فالبيع فاسد لانه شرط زيادة مجهولة في وجودها غرر فكانت كالناقة وان لم يرد ذلك جاز حملا لقصد البراءة من عيب الحبل ومنه لو اشترى على انه معيب فوجده سليما صح وكان له هذا ومذهب الحسن عن ابي حنيفة رح في شرط الحمل في البقرة والجارية انه يجوز وروى ابن سماعة عن محمد في اشتراط انها حلوبة لا يجوز لان المشروط هنا اصل من وجه وهو اللبن قال محمد في سلمنا ان

وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار
كفوات وصف السلامة اذا اخذه اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

قبضه المشتري ووجده كاتبا او خبازا على ادنى ما ينطلق عليه الاسم لا يكون له حق الرد ومعناه ان يوجد منه ادنى ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز اعني الاسم الذي يشعر بالحرفة فلو فعل من ذلك ما ليس كذلك كان له حق الرد بان يكتب شيئا يسيرا ناقصا في الوضع او يخبز قدر ما يدفع عنه الهلاك بالكلية واذا لم يجده كما شرط وامتنع الرد بسبب من الاسباب يرجع المشتري على البائع بحصته من الثمن بان يقوم العبد كاتبا وغير كاتب فيرجع بالتفاوت وعن ابي حنيفة رح لا يرجع بشيء لان ثبوت الخيار للمشتري بالشرط لا بالعقد وتعذر الرد في خيار الشرط لا يوجب الرجوع على البائع فكذا هذا والصحيح ما في ظاهر الرواية وبه قال الشافعي رح لان البائع عجز عن تسليمه وصف السلامة كما في العيب ولو اختلف المشتري والبائع بعد مدة فقال المشتري لم اجده كاتبا وقال البائع سلمته اليك كاتبا ولكنه نسي عندك والمدة تحتمل انه ينسى في مثلها فالقول للمشتري والاصل في هذا ان القول لمن يتمسك بالاصل وان العدم في الصفات العارضة اصل والوجود في الصفات الاصلية اصل وشهادة النساء بانفرادهن في ما لا يطلع عليه الرجال حجة اذا تايدت بمؤيد وان لم تتايد تعتبر في ثبوت توجه الخصومة لا في الزام الخصم اذا عرف هذا فاذا اختلفا قبل القبض او بعده فقال المشتري ليس بهذا الوصف وقال البائع هو بهذا الوصف للحال يؤمر بالخبز او الكتابة فان فعل ما ينطلق عليه الاسم على ما ذكرنا لزم المشتري والا يرد ولا يعتبر قول العبد [illegible] ذلك وان قال البائع سلمته بها ونسي عندك والمدة تحتمل ذلك والمشتري ينكر ذلك فالقول قول المشتري ويرده لان الاصل عدم هذه الصفة وان لم يكن قبضه لم يجبر على قبضه ودفع الثمن حتى تعرف هذه الصفة ولو اشترى جارية على انها بكر ثم اختلفا قبل القبض او بعده فقال البائع بكر للحال وقال المشتري ثيب فان القاضي يريها النساء فان قلن انها بكر لزم المشتري بلا يمين البائع لان شهادتهن تايدت هنا بمؤيد لان الاصل البكارة وان قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لان الفسخ حق قوي وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتايد بمؤيد لكن يثبت حق الخصومة ليتوجه اليمين على البائع اذ لا بد للمشتري من الدعوى والخصومة حق ضعيف لانها ليست بمقصودة لذاتها فجاز ان تثبت بشهادتهن فيحلف البائع بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر فان لم يكن قبض يحلف بالله لقد بعتها وهي بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لزم المشتري وروي عن ابي يوسف ومحمد في رواية انها ترد بشهادتهن قبل القبض بلا يمين من البائع وان لم يكن عند القاضي من النساء من يوثق بهن لا يحلف البائع لان العيب لم يثبت للحال فلا يثبت حق الخصومة فلا يتوجه اليمين على البائع فتلزم الجارية على المشتري الى ان يحضر من النساء من يوثق بهن ولو قال بعتها وسلمتها اليك وهي بكر وزالت في يدك فالقول قوله لان الاصل هو البكارة ولا يريها القاضي النساء لان البائع مقر بزوال البكارة وانما يقول زالت في يدك واعلم انه اذا شرط في المبيع ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه فتارة يكون البيع فاسدا وتارة يستمر على الصحة ويثبت للمشتري الخيار وتارة يستمر صحيحا ولا خيار للمشتري وهو ما اذا وجده خيرا مما شرطه وضابطه ان كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار والثياب اجناس اعني الهروي والاسكندري والمروي والكتان والقطن والذكر مع الانثى في بني آدم جنسان وفي سائر الحيوانات جنس واحد والضابط فحش التفاوت في الاغراض وعدمه فاذا اشترى ثوبا على انه اسكندري فوجده بلديا او هرويا فوجده مرويا او كتانا فوجده قطنا او ابيض فوجده مصبوغا او مصبوغا بعصفر فاذا هو بزعفران او دارا على ان بناءها آجر فاذا هو لبن او على ان لا بناء ولا نخل فيها فاذا بها بناء او نخل او ارضا على ان جميع اشجارها مثمرة فوجد واحدة غير مثمرة او على انه عبد فاذا هو جارية او فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج فهو فاسد في جميع ذلك ولو اشترى جارية على انها مولدة الكوفة فاذا هي مولدة بغداد او غلاما على انه تاجر او كاتب فاذا هو لا يحسنه او على انه فحل فاذا هو خصي او عكسه او انها بغلة فاذا هو بغل او ناقة فكان جملا او لحم معز فكان لحم

باب خيار الرؤية

ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا راه ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده وقال الشافعي رح لا يصح العقد اصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله عم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا راه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه

كتان او على عكسه ونحو ذلك فله الخيار فلو اشترى على انه بغل فوجده بغلة او حمارا او بعيرا فاذا هو اتان او ناقة او جارية على انها رتقاء او حبلى او ثيب فاذا هي بخلافه جاز ولا خيار له لانه صفة افضل من المشروط وينبغي في مسئلة البعير والناقة ان يكون في العرب واهل البوادي الذين يطلبون الدر والنسل اما اهل المدن والمكارية فالبعير افضل ولو باع دارا بما فيها من الجذوع والخشب والابواب والنخيل فاذا ليس فيها شيء من ذلك لا خيار للمشتري *

باب خيار الرؤية قدمه على خيار العيب لانه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم واللزوم بعد التمام والاضافة من قبيل اضافة الشيء الى شرطه لان الرؤية شرط ثبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية **قوله** ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا راه ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده وسواء راه على الصفة التي وصفت له او على خلافها مثل ان يشتري جرابا فيه اثواب هروية او زيتا في زق او حنطة في غرارة من غير ان يرى شيئا ومنه ان يقول بعتك درة في كمي صفتها كذا او ثوبا في كمي صفته كذا او هذه الجارية وهي حاضرة منتقبة له الخيار اذا راى شيئا من ذلك وفي المبسوط الاشارة اليه او الى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه ولا الى مكانه لا يجوز بالاجماع انتهى لكن اطلاق الكتاب يقتضي جواز البيع سواء سمى جنس المبيع اولا وسواء اشار الى مكانه او اليه وهو حاضر مستتر اولا مثل ان يقول بعت منك ما في كمي بل عامة المشائخ قالوا اطلاق الجواب يدل على الجواز عنده وطائفة قالوا لا يجوز بجهالة المبيع من كل وجه والظاهر ان المراد بالاطلاق ما ذكره شمس الائمة وغيره كصاحب الاسرار والذخيرة لبعد القول بجواز ما لم يعلم جنسه اصلا كان يقول بعتك شيئا بعشرة وقول المص وقال الشافعي لا يجوز العقد اصلا هو فيما لم يسم جنسه قولا واحدا انه لا يجوز واما فيما سمي جنسه وصفته على ما نقل في شرح الوجيز والحلية انه يجوز على قوله القديم وعلى قوله الجديد لا يجوز وعن مالك واحمد مثل قولنا واختاره كثير من اصحاب الشافعية منهم القفال وهو قول عثمان بن عفان رض وطلحة رض وذكر المصرح في وجه قوله ان المبيع مجهول مقتصرا عليه يعني وكلما كان كذلك لا يجوز بيعه لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ونهيه عن بيع ما ليس عند الانسان وما ذلك الا للجهالة قلنا لا النهي عن بيع ما ليس عندك فالمراد منه ما ليس في الملك اتفاقا لا ما ليس في حضرتك ونحن شرطنا في هذا البيع كون المبيع مملوكا للبائع فقضينا عهدته واما بيع الغرر فلفظه يفيد انه غيره وذلك ليس الا بان يظهر له ما ليس في الواقع فيبتني عليه فيكون مغرورا بذلك فيظهر له خلافه فيتضرر به وكيف كان فلا شك بعد القطع ونحن نقطع بان النهي عن ذلك لما يلزم من الضرر فيه ونقطع بان لا ضرر فيما اجزنا من ذلك انما يلزم الضرر لو لم يثبت له الخيار اذا راه فاما اذا اوجبنا له الخيار اذا راه فلا ضرر فيه اصلا بل فيه محض مصلحة وهو ادراك حاجة كل من البائع والمشتري فانه لو كان له به حاجة وهو غائب واوقفت جواز البيع على حضوره ورؤيته وربما يفوت بان يذهب فيساوم فيه آخر او فيشتريه منه فكان في الشرع هذا البيع على الوجه الذي ذكرنا من اثبات الخيار عند رؤيته محض مصلحة لكل من العاقدين من غير لحوق شيء من الضرر فانا يثنا وله النهي عن بيع الغرر والاحكام لم تشرع الا لمصالح العباد قطعا فكان مشروعا قطعا فوجب ان يحمل الحديث على البيع البات الذي لا خيار فيه لانه هو الذي يوجب ضرر المشتري والنهي قطعا ليس الا لذلك فظهر ان كلا من الحديثين لم يفيا آخر اذ فكان نفيه قولا بلا دليل وكفانا في اثباته المعنى وهو انه مال مقدور التسليم لا ضرر في بيعه على الوجه المذكور فكان جائزا ويبقى الحديث الذي ذكره المص زيادة في الخير وهو ما رواه ابن ابي شيبة والبيهقي عن حدثنا اسمعيل بن عياش عن ابي بكر بن عبد الله بن ابي مريم عن مكحول رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم

وكذا اذا قال رضيت ثم رآه له ان يرده لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولان الرضاء بالشئ قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت

من اشترى شيأ لم يره فله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء تركه والمرسل حجة عند اكثر اهل العلم وتضعيف ابن ابي مريم بجهالة عدالته لا ينفي علم غير المضعفين بها وقد روى هذا الحديث ايضا الحسن البصري وسلمة بن المحبق وابن سيرين وهو راوي ابن سيرين ايضا وعلق مالك واحمد وهو ممن نقل عنه تضعيف ابن ابي مريم فدل قبول العلماء على ثبوته والحق ان عمل من ضعف ابن ابي مريم على وفق حديثه يقتضي على ان العمل على وفق الحديث هل هو تصحيح له وهي مسئلة مختلفة بين الاصوليين والمختار لا ما لم يعلم ان عمله عن الحديث وقد روى الحديث ايضا مرفوعا رواه ابو حنيفة رح عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن ابي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم من اشترى شيأ لم يره فهو بالخيار اذا رآه ورواه الدارقطني من طريق ابي حنيفة رح الا ان في طريقه الى ابي حنيفة عمر بن ابراهيم الكردي نسب الى وضع الحديث هذا ولا بد من كون المراد في الحديث بالرؤية العلم بالمقصود فهو من عموم المجاز عبر بالرؤية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية من افراد المعنى المجازي وهذا لوجود مسائل اتفاقية لا يكتفى بالرؤية فيها مثل ما اذا كان المبيع مما يعرف بالشم كمسك اشتراه وهو يراه فانه انما يثبت الخيار له عند شمه فله الفسخ عند شمه بعد رؤيته كذا لو رأى شيأ ثم اشتراه فوجده متغيرا الان تلك الرؤية غير معرفة للمقصود الان كذا شراء الاعمى يثبت له الخيار عند الوصف له لقيام الوصف فيه مقام الرؤية وقول المصنف فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه يعني فيما لو اشترى ثوبا مشارا اليه لا يعلم عدد ذرعانه يريد تشبيه ذلك في مجرد ثبوت الجواز لا بقيد ثبوت الخيار لانه لا خيار في المشبه به اعني الثوب وهو بناء على لزوم ذكر الجنس في هذا البيع فيبقى الفائت مجرد علم الوصف وقوله وكذا اذا قال رضيت الخ اي وكذا له الخيار اذا رآه يعني اذا قال رضيت كائنا ما كان قبل الرؤية ثم رآه له ان يرده لان ثبوت الخيار معلق في النص بالرؤية حيث قال فهو بالخيار اذا رآه والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والاسقاط لا يتحقق قبل الثبوت قوله وحق الفسخ الخ جواب عن سؤال مقدر هو طلب الفرق بين الفسخ والاجازة قبل الرؤية فانه اذا اجاز قبلها لا يلزم واذا فسخ قبلها لزم مع استواء نسبة التصرفين في تعلقهما بالشرط في الحديث ولا وجود للمعلق قبل الشرط وحاصل الجواب ان المعلق بالشرط هو عدم قبل وجوده اذا لم يكن له سبب غير ذلك الشرط فان الشئ قد يثبت باسباب كثيرة فالحديث لما علق الخيار بالرؤية ثبت به تعليق كل من الاجازة والفسخ بها لان معنى الخيار ان له ان يجيز وان يفسخ ثم لم يثبت للاجازة سبب آخر فبقي على العدم حتى يثبت سببه وهو الرؤية بخلاف خيار العيب فان سببه وهو العيب قائم قبل الرؤية فاذا قال رضيت قبل الرؤية سقط خياره اذا اطلع عليه لرضاه بالعيب قبل ذلك واما الفسخ فيثبت لسبب آخر وهو عدم لزوم هذا العقد على المشتري وما كان غير لازم عليه له ان يفسخه بالضرورة كالعارية والوديعة والا فهو لازم وقد فرض غير لازم هذا خلف وقد سلك المصنف مسلك الطحاوي في عدم نقل خلاف في جواز الرد قبل الرؤية ونقل في التحفة فيه اختلاف المشائخ منهم من منع وانه لا رواية فيه واما قول المصنف ولان الرضا بالشئ قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرد فلو تم لزم وان لا يصح البيع بشرط البراءة من العيوب لان حاصله الرضا بالبيع قبل رؤية العيب ثم لمن يمنع الفسخ قبل الرؤية ان يمنع وجود سبب آخر غير الرؤية وقولكم عدم اللزوم سبب آخر قبل الرؤية قلنا نمنع تحقق عدم اللزوم بل نقول قبل الرؤية البيع بات فليس له فسخه فان الشارع علق اثبات قدرة الفسخ والاجازة التي هي الخيار بالرؤية فقبله يثبت حكم السبب وهو اللزوم الى غاية الرؤية ثم يرفعه عندها فيثبت قدرة الفسخ والاجازة معا واعلم ان خيار الرؤية يثبت في اربعة مواضع ليس غيرها شراء الاعيان والاجارة والصلح عن دعوى مال على عين والقسمة وعرف من هذا انه لا يكون في الديون فلا يكون في المسلم فيه

قال ومن باع ما لم يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولاً له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضاء زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه وروي ان عثمان بن عفان رضي الله عنه باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله رضي الله عنه فقيل لطلحة رضي الله عنه انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان رضي الله عنه انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم رضي الله عنه فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب وتصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضاء ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضاء.

ولا في الاثمان الخالصة بخلاف ما لو كان المبيع اناء من احد النقدين فان فيه الخيار ولو تبايعا مقايضة ثبت الخيار لكل منهما وحاصله كل ما كان في عقد ينفسخ بالفسخ لا ما لا ينفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع ان كانت اعيانا لان لا يفيد فيها لان الرد لما لم يوجب الانفساخ بقي العقد قائما وقيامه يوجب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة فلو كان له ان يرده لكان له ان يرده ابدا وليس للبائع ان يطالب المشتري بالثمن لم يسقط خيار الرؤية منه ولا يتوقف الفسخ على قضاء ولا رضا بل بمجرد قوله رددت ينفسخ قبل القبض وبعده لكن يشترط علم البائع عند ابي حنيفة رح ومحمد رح خلافا لابي يوسف رح كما هو خلافهم في الفسخ في خيار الشرط **قوله** ومن باع ما لم يره بان ورث عينا من الاعيان في بلدة اخرى فباعها قبل ان يراها فلا خيار له وكان ابو حنيفة رح يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب فانه يثبت للبائع حتى جاز ان يرد الثمن بالزيافة وخيار الشرط فانه يجوز لهما ولو اقتصر على خيار العيب كان اقرب لان ثبوته في العيب معقول لاحتباس ما هو بعض المبيع عند البائع فكان سبيل من ترك حقه او اخذه باخذ الثمن ورد المبيع بخلاف خيار الشرط وفي عدم الرؤية لتحصيل شرط البيع وهو العلم التام بالمبيع غير انه جوز متاخرا للمصلحة التي ذكرناها ثم تقرير المصنف حيث قال وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا يعني في حق البائع وثبوتا في حق المشتري ولا يتحقق ذلك اي تمام الرضا الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية يحتمل انه قياس بجامع عدم الرضا بالبيع على الثبات وهو تعليل بالعدم وحاصله ان ثبوت الخيار لعدم تمام الرضا باحكام العقد فكذا هنا ويرد عليه ان حكم الاصل اعني خيار الشرط متوقف شرعا على تراضيهما فقياسه ان يكون هكذا يثبت الخيار بتراضيهما لا اذا سكتا فيلزم ح فكذا هنا وليس الواقع هذا فظهر اختلاف حكم الاصل والفرع ولو لم يجعلنا فالاصل معدول عن القياس فلا قياس عليه فكذا حق له ان يرجع وذكر للمرجوع اليه وجهين احدهما انه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه ولا يخفى انه نفي للحكم بمفهوم الشرط اذ حاصله انتفاء الحكم لانتفاء الشرط والثاني ما اخرجه الطحاوي ثم البيهقي عن علقمة بن ابي وقاص ان طلحة رض اشترى من عثمان بن عفان رض مالا فقيل لعثمان انك قد غبنت فقال عثمان لي الخيار لاني بعت ما لم اره وقال طلحة رض لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم رض فقضى ان الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان والظاهر ان مثل هذا يكون بمحضر من الصحابة رض لان قضية يجري فيها التخاصم بين رجلين كبيرين ثم انهما حكما غيرهما فيها فالغالب على الظن شهرتها وانتشار خبرها فحين حكم جبير بذلك ولم يرو عن احد خلافه كان اجماعا سكوتيا ظاهرا **قوله** ثم خيار الرؤية غير موقت بوقت خلافا لما ذهب اليه بعض المشايخ من انه موقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن فيه من الفسخ فاذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ بطل خياره ولزم البيع فيه والمختار انه لا يتوقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله ويبطله ما يبطل خيار الشرط من تعيب يعني بعد الرؤية او تصرف يبطل خيار الرؤية بقيد تفصيل يذكره في التصرف لا مطلقا فلذا وصله بقوله ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق للعبد الذي اشتراه ولم يره وتدبيره او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع ولو بشرط الخيار للمشتري لما تخلو من الحق فيه للمشتري وقوله كالبيع المطلق احترازية المطلق عن شرط الخيار للبائع لان به لا يخرج المبيع عن ملكه وكالهبة مع التسليم والرهن والاجارة تبطل خيار الرؤية سواء وجدت بعد الرؤية او قبلها لان هذه الحقوق مانعة من الفسخ واذا تعذر الفسخ شرعا بطل الخيار ووجب تقرير قيد في الحديث فيكون قوله صلى الله عليه وسلم له الخيار اذا راه تقييدا بما اذا لم يوجب موجب شرعي عدمه اذا راه وحاصله تقدير مخصص بالعقل وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار للبائع والمساومة بالمبيع وهبته بلا تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لو ابطل الخيار كان باعتبار دلالة على الرضا وصريح الرضا قبل الرؤية لا يبطل الخيار فبدلالة اولى

قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر الثوب مطويا او الى وجه الجارية او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له والاصل في هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع اشياء فان كان لا يتفاوت آحادها كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفي برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي اردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار وان كان يتفاوت آحادها كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي رحمه الله وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروي عن ابي يوسف رحمه الله وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود

لوجود دلالة الرضا ولما كان قوله وما يبطل خيار الشرط يبطله مقيدا بالتفصيل المذكور سقط الاعتراض بالاخذ بالشفعة وبالعرض على البيع فانهما اذا وجدا من المشتري الذي له خيار الشرط يبطل خياره ولا يبطل بهما خيار الرؤية بل له ان ياخذ بالشفعة ثم يرد الدار عند الرؤية كما ذكرنا من ان دلالة الرضا لا تعمل في اسقاط خيار الرؤية قبل الرؤية ثم في التصرف الذي تعلق فيه حق الغير لو عاد الى ملكه بزوال قضاء او بفك الرهن او فسخ الاجارة قبل الرؤية ثم راه لا خيار له لانه سقط فلا يعود الا بسبب جديد الا في رواية عن ابي يوسف وثبوت الخيار له بظاهر النص تقدم وجوب تخصيصه وكانت هذه الرؤية الكائنة بعد العود من محال التخصيص ومما يسقط خيار الرؤية ان يقبضه فاراه لدلالة القبض بعد الرؤية على الرضا به قوله ومن نظر الى وجه الجارية الخ والاصل في هذا ان رؤية جميع اجزاء المبيع غير مشروط في انتفاء ثبوت خيار الرؤية لتعذره عادة وشرعا والا لجاز ان ينظر الى عورة العبد والامة التي يريد ان يشتريها ولزم في صحة بيع الصبرة النظر الى كل حبة حبة منها ولا قائل بذلك فيكتفي برؤية ما هو المقصود فاذا رآه جعل غير المرئي تبعا للمرئي فاذا سقط الخيار في الاصل سقط في التبع اذا عرف هذا ابتنى عليه ان من نظر الى وجه الجارية او العبد ثم اشتراه فرأى الباقي فلا خيار له فليس له رده بخيار الرؤية بخلاف ما لو رأى بطنهما او ظهرهما وسائر اعضائهما الا الوجه فان له الخيار اذا رأى وجههما لان سائر الاعضاء في العبيد والاماء تبع للوجه ولذا تتفاوت القيمة اذا فرض تفاوت الوجه مع تساوي سائر الاعضاء وفي الدواب يعتبر رؤية الوجه والكفل لانهما المقصودان فيسقط برؤيتهما ولا يسقط برؤية غيرهما منها وقيل لا يسقط ما لم ير قوائمها وهو المروي عن ابي يوسف ونقل صاحب الاجناس عن المجرد عن ابي حنيفة رحمه الله في الدابة اذا رأى عنقها او فخذها او ساقها او جنبها او صدرها ليس له خيار الرؤية وان رأى حافرها او ناصيتها فله الخيار وعن محمد رحمه الله يكفي الوجه اعتبارا بالعبد وفي رواية المعلى عن ابي حنيفة يعتبر في الدواب عرف التجار وفي شاة اللحم لا بد من الجس باليد فلا يكتفي بالرؤية ما لم يجسها لان المقصود اللحم وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود فلا يسقط الخيار بدون ذلك كذا اذا رأى وجه الثوب مطويا لان البادي يعرف ما في الطي فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسر ثوبه ونقصان بهجته وبذلك ينقص ثمنه عليه اللهم الا ان يكون له وجهان فلا بد من رؤية كلا الوجهين او يكون في طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم ثم قيل هذا في عرفهم اما في عرفنا ما لم ير باطن الثوب لا يسقط خياره لانه استقر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب وهو قول زفر وفي المبسوط الجواب على ما قال زفر وفي البساط لا بد عن رؤية جميعه ولو نظر الى ظهور المكاعب لا يبطل خياره ولو نظر الى وجهها دون الصرم يبطل قيل وينبغي ان ينظر الى الصرم في زماننا لتفاوته وكونه مقصودا وفي الجبة لا يبطل خياره برؤية باطنها ويبطل برؤية ظاهرها الا اذا كانت البطانة مقصودة بان كان بها فرو واما الوسادة المحشوة اذا رأى ظاهرها فان كانت محشوة مما يحشى به مثلها يبطل خياره وان كان مما لا يحشى به مثلها فله الخيار هذا اذا كان المبيع واحدا فان دخل في البيع اشيا فان كانت الآحاد لا تتفاوت كالمكيل والموزون وعلامته اي علامة ما لا يتفاوت آحاده ان يعرض بالنموذج فيكتفي برؤية واحد منها في سقوط الخيار الا اذا كان الباقي اردى مما رأى فحينئذ يكون له الخيار يعني خيار العيب لا خيار الرؤية ذكره في الينابيع وفي الكافي اذا كان اردى له الخيار لانه انما رضي بالصفة التي رآها لا متغيرا وهذا التعليل يفيد انه خيار الرؤية وهو مقتضى سوق كلام المص والتحقيق انه في بعض الصور خيار عيب وهو ما اذا كان اختلاف الباقي يوصله الى حد العيب وخيار الرؤية اذا كان الاختلاف لا يوصله الى اسم المعيب بل الدون

قال وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذلك اذا رأى خارج الدار او رأى اشجار البستان من خارج

وعند زفر رحمه الله لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الابنية فان دورهم

لم تكن متفاوتة يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل

وقد يجتمعان فيما اذا اشترى ما لم يره فلم يقبضه حتى ذكر له البائع به عيبا ثم اراه المبيع في الحال وان كانت احاده متفاوتة كالثياب والدواب والعبيد فلا بد من رؤية كل واحد لكن على الوجه الذي ذكرنا اعني رؤية ما هو المقصود من كل واحد والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكر الكرخي قال المصنف وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة وبه صرح في المحيط وفي المجرد وهو الاصح ثم السقوط برؤية البعض في المكيل اذا كان في وعاء واحد اما اذا كان في وعائين او اكثر اختلفوا فمشائخ العراق على ان رؤية احدها كرؤية الكل ومشائخ بلخ لا يكفي بل لا بد من رؤية كل وعاء والصحيح انه يبطل برؤية البعض لانه يعرف حال الباقي هذا اذا ظهر له ان ما في الوعاء الآخر مثله او اجود اما اذا كان اردئ فهو على خياره وان كان مما يتفاوت احاده كالبطاطيخ والرمان فلا يكفي رؤية بعضها في سقوط خياره في الباقي ولو قال رضيت واسقطت خياري وفي شراء الرحا ما لا لانه لا بد من رؤية الكل وكذا السرج بآلاته ولبده لا بد من رؤية الكل قوله وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذا اذا رأى خارج الدار او رأى اشجار البستان من خارج لان النظر الى جميع اجزائها متعذر اذ لا يمكن النظر الى ما تحت السرر والى ما بين الحيطان من الجذوع فيكتفى برؤية المقصود منها وعند زفر لا بد من دخول البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفق عادتهم في الابنية بالكوفة فان دورهم لم تكن متفاوتة اما في ديارنا فلا بد من الدخول داخل الدار كما قال زفر لتفاوت الدور بكثرة المرافق وقلتها فلا يصير معلوما بالنظر الى صحنها وهو الصحيح وهذا لا يفيد الا ان يقال وكل من ذلك مقصود وعلى هذا ما ذكر من انه لا يشترط رؤية العلو الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة على خلاف بلادنا بديار مصر وشرط بعضهم رؤية الكل وهو الاظهر والاشبه كما قال الشافعي وهو المعتبر في ديار مصر والشام والعراق واما ما ذكر في الاشجار من الاكتفاء برؤية رؤس الاشجار او رؤية خارجه فقد انكر بعض المشائخ هذه الرواية وقال المقصود من البستان باطنه فلا يكتفى برؤية ظاهره وفي جامع قاضي خان لا يكتفى برؤية الخارج ورؤس الاشجار انتهى وفي الكرم لا بد من رؤية عنب الكرم من كل نوع شيئا وفي الرمان لا بد من رؤية الحلو والحامض ولو اشترى دهنا في زجاجة فرؤيته من خارج الزجاجة لا تكفي حتى يصبه في كفه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل وعن محمد يكتفى لان الزجاج لا يخفي صورة الدهن وروى هشام ان قول محمد موافق لقول ابي حنيفة وفي التحفة لو نظر في المرآة فرأى المبيع قالوا لا يسقط خياره لانه ما رأى عينه بل مثاله ولو اشترى سمكا في الماء يمكن اخذه من غير اصطياد فرآه في الماء قال بعضهم يسقط خياره لانه رأى عين المبيع وقال بعضهم لا يسقط وهو الصحيح لان المبيع لا يرى في الماء على حاله بل يرى اكبر مما هو فهذه الرؤية لا تعرف المبيع واما اذا كان المبيع مغيبا في الارض كالجزر والبصل والثوم والفجل ونحوها لم يذكر في ظاهر الرواية وروى بشر عن ابي يوسف ان كان شيئا يكال او يوزن بعد القلع كالثوم والبصل وبصل الزعفران والشلجم ان باعه بعدما نبت نباتا يفهم به وجوده تحت الارض جاز بيعه فان قلع البعض هل يثبت له الخيار حتى اذا رضي به يلزم البيع في الكل وان قلع البائع او المشتري باذن البائع يثبت له الخيار فلو رضي به لزم البيع في الكل لما عرف ان رؤية بعض المكيل والموزون كرؤية الكل وان قلعه المشتري بغير اذنه ان كان المقلوع شيئا له ثمن بطل خياره في الكل فلم يكن له ان يرد رضي بالمقلوع او لم يرض وجد في ناحية من الارض اقل منه او لم يوجد لان بالقلع صار المقلوع معيبا لانه كان حيا ينمو وبعده صار مواتا والتعيب في يد المشتري يمنع الرد بخيار الرؤية وان كان المقلوع شيئا لا ثمن له لا يبطل خياره لان وجوده كعدمه وان كان شيئا يباع عددا ان قلعه البائع او المشتري باذنه له الخيار في الباقي حتى لو رضي به لا يلزم البيع في الكل لانه عددي متفاوت فرؤية بعضه لا يكون كله وان قلعه المشتري بغير اذن البائع بطل خياره وهو المختار

قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده إلا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هما سواء وله أن يرده قال معناه الوكيل بالقبض فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع لهما أنه توكل بالقبض دون إسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والإسقاط قصدا وله أن القبض نوعان تام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقص وهو أن يقبضه مستورا وهذا لأن تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار فكذا الوكيل لإطلاق التوكيل وإذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك إسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فإنه لا يسقط بقبضه لأن الاختبار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لأنه لا يملك شيئا وإنما إليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم إذا كان رسولا في البيع

وقد حكى فيه خلاف بين أبي حنيفة وبينهما لما ذكرنا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رؤية بعضه كرؤية كله وجعلاه كالمكيل والموزون والعددي المتقارب لأن بعضها يستدل في العادة به على الكل وإن اختلف البائع والمشتري في القلع فقال المشتري أخاف إن قلعته لا يصلح لي ولا أقدر على الرد وقال البائع لو قلعته فقد لا ترضى تطوع إنسان بالقلع فإن تشاحا فسخ القاضي العقد بينهما قوله ونظر الوكيل إلى المبيع مكشوفا يعني الوكيل بالقبض كما فسره المصنف وهو من يقول له الموكل وكلتك بقبضه أو كن وكيلا عني بقبضه كنظر المشتري حتى لا يرده المشتري بعد قبض الوكيل مع رؤيته إلا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المرسل والرسول هو من يقول له المشتري قل لفلان يدفع إليك المبيع أو أنت رسولي إليه في قبضه أو أرسلتك لتقبضه أو أمرتك بقبضه وعلى هذا إذا قال اذهب فاقبضه يكون رسولا لا وكيلا لأنه ما صدق قال أمرتك وقد قيل لا فرق بين الرسول والوكيل في فصل الأمر بأن قال اقبض المبيع فلا يسقط الخيار منهم من حكى هذا القول فيما إذا قال أمرتك بادة الغنيمة رأى وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هما يعني الرسول والوكيل بالقبض سواء فيرده الموكل الذي له الخيار ما قبضه وكيله كما يرد ما قبضه رسوله وأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع لهما أنه توكل أي قبل الوكالة بالقبض دون إسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وإذا لم يملكه لا يثبت عن فعله وصار كخيار العيب والشرط بأن اشترى معيبا لم ير عيبه ثم وكل بقبضه فقبضه الوكيل وهو يرى عيبه لا يسقط خيار العيب للموكل وكذا إذا وكل في قبض ما اشتراه بشرط الخيار فقبضه الوكيل لا يسقط خيار الشرط وصار أيضا كالإسقاط قصدا بأن قبضه الوكيل بالقبض مستورا ثم رآه فأسقط الخيار قصدا لا يسقط وله أن القبض على نوعين قبض تام وهو أن يقبضه وهو يراه وإنما كان هذا قبضا تاما لأن خيار الرؤية يبطل بهذا القبض وبقاء خيار الرؤية يمنع تمام القبض فلما بطل بهذا القبض من المشتري كان هذا القبض تاما وناقص وهو أن يقبضه مستورا وإذا كان كذلك كان القبض مع الرؤية متضمنا لسقوط خيار الرؤية لاستلزامه تمام الصفقة ولا يتم دونه ثم الموكل ملك القبض بنوعيه فكذا وكيله لإطلاق التوكيل بخلاف ما إذا أسقط الخيار قصدا بأن قبضه مستورا ثم رآه فأسقط الخيار لأن بقبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فلا يملك الوكيل بعد ذلك إسقاطه لانتهاء ولايته ونقض بمسئلتين لم يقم الوكيل مقام الموكل فيهما أحدهما أن الوكيل لو رأى قبل القبض لم يسقط برؤيته الخيار والموكل لو رأى ولم يقبض يسقط خياره والثانية لو قبضه الموكل مستورا ثم رآه بعد القبض فأبطل الخيار بطل والوكيل لو فعل ذلك لم يبطل وأجيب بأن سقوط الخيار بقبض الوكيل إنما يثبت ضمنا لتمام قبضه بسبب ولايته بالوكالة وليس هذا ثابتا في مجرد رؤيته قبل القبض ونقول بل الحكم المذكور للموكل وهو سقوط خياره إذا رآه إنما يأتي على القول بأن بمجرد مضي ما يتمكن به من الفسخ بعد الرؤية يسقط الخيار وليس هو بالصحيح وبعين الجواب الأول يقع الفرق في المسئلة الثانية لأنه لا يثبت ضمنا للقبض الصحيح بل يثبت بعد انتهاء الوكالة بالقبض الناقص قوله وبخلاف خيار العيب لأنه يثبت مع تمام الصفقة لأنه لم يشرع لتتميم القبض بل لتسليم الجزء الفائت في ضمن القبض مع بقاء الخيار ولذا كان له أن يرد المعيب وحده فيما إذا اشترى شيئين قوله في الكتاب إلا من عيب قال فخر الإسلام يحتمل إلا من عيب لم يعلمه الوكيل فإن كان علمه يجب أن يبطل خيار العيب كذا ذكره الفقيه أبو جعفر ولم نسلم مسئلة خيار العيب والصواب عندنا أن لا يملك الوكيل بالقبض إبطال خيار العيب فيكون معناه علم أو لم يعلم وقوله وخيار الشرط على هذا الخلاف الخ يعني وخيار الشرط لا نص فيه قلنا أن نمنعه فيكون على الخلاف ذكره القدوري وهو رواية الهندواني لأن القبض التام لا يحصل بخيار الشرط لأن وجوده يخير الفسخ فلا يتم القبض مع ذلك كخيار الرؤية والعيب ولئن سلم أنه لا يبطل بالقبض التام وهو الأصح فإن الموكل لا يملك التام منه إذ ضمان التام لا يكون معه خيار الفسخ فلا يملكه الوكيل بخلاف الرسول بالبيع والشراء فإنه لا يملك شيئا من القبض لا التام ولا الناقص لأنه لم يؤمر بالقبض بل

قال وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى مالم يره وقد قررناه من قبل ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما فى البصير ولا يسقط خياره فى العقار حتى يوصف له لان الوصف يقام مقام الروية كما فى السلم وعن ابى يوسف رح انه اذا وقف فى مكان لو كان بصيرا لراٰه وقال قد رضيت سقط خياره لان التشبيه يقام مقام الحقيقة فى موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة فى حق الاخرس فى الصلوة واجراء الموسى مقام الحلق فى حق من لا شعر له فى الحج وقال الحسن رح يوكل وكيلا يقبضه وهو يراه وهذا اشبه بقول ابى حنيفة رح لان روية الوكيل روية الموكل على مامر آنفا **قال** ومن راى احد الثوبين فاشتراهما ثم راى الاخر جاز له ان يردهما لان روية احدهما لا تكون روية الاخر للتفاوت فى الثياب فبقى الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الروية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من الاصل

بادار الرسالة وكذا الايلك التسليم ايضا وصور الارسال فى البيع تقدمت اوائل كتاب البيوع وصورتها بالشراء ان يقول قل لفلان انى اشتريت منك كذا وكذا المعين بكذا **قوله** وبيع الاعمى وشراؤه جائز باتفاق الائمة الثلاثة وقال الشافعى لا يجوز الا فى السلم والشراء يريد فى لغة الحجاز ويقصر لاهل بخدوله الخيار اذا اشترى لانه اذا اشترى مالم يره فيدخل فى عموم قوله صلى الله عليه وسلم فى الحديث السابق من اشترى مالم يره فله الخيار اذا راه وقد قررناه من قبل فى اول الباب ولان الناس تعارفوا معاملة العميان بيعا وشراء والتعارف بلا نكير اصل فى الشرع بمنزلة اجماع المسلمين ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس كالشاة وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق وقوله كما فى البصير ظاهر فى ان البصير اذا لم ير المبيع ولكن شمه فقط وهو مما يعرف بالشم كالمسك ونحوه فرضى به ثم راى فلا خيار له ولا يسقط خياره فى العقار حتى يوصف له فى جامع العتابى هو ان يوقف فى مكان لو كان بصيرا لراٰه ثم يذكر له صفته ولا يخفى ان ايقافه فى ذلك المكان ليس بشرط فى صحة الوقف وسقوط الخيار به فلذا لم يذكره فى المبسوط واكتفى بذكر الوصف لان الوصف قد اقيم مقام الروية كما فى السلم ومن انكره الكرخى وقال وقوفه فى ذلك الموضع وغيره سواء فى انه لا يستفيد به علما وعن ابى يوسف انه اذا وقف فى مكان لو كان بصيرا لراى العقار وقال رضيت سقط خياره لان التشبيه يقام مقام الحقيقة فى موضع العجز كتحريك الشفتين مقام القراءة للاخرس واجراء الموسى على راس من لا شعر له فى الاحلال من الاحرام ولا يخفى ضعفه لان العجز لا يتحقق الا تحقق العجز عن الوصف فان القائم مقام الشئ بمنزلته وقد ثبت شرعا اعتباره بمنزلته فى السلم ووجوب اجراء الموسى مختلف فيه وكذا التحريك غير لازم للامى وعن ابى يوسف ايضا انه اعتبر الوصف فى غير العقار ايضا ولم يعتبر الشم والذوق والجس لان الوصف يقوم مقام الروية كما ذكرنا وقال مشائخ بلخ يمس الحيطان والاشجار فاذا قال رضيت سقط خياره لان الاعمى اذا كان ذكيا يقف على مقصوده بذلك وهو رواية بشر وابن سماعة فى الدار وفى رواية هشام عن محمد انه يعتبر الوصف مع كل من الذوق واللمس والجس لان تعريف الكامل فى حقه يثبت بهذا الا فيما لا يمكن جسه كالثمر على روس الشجر فيعتبر فيه الوصف لا غير فى اشهر الروايات وهو المروى عن ابى يوسف ومحمد فى شرح الجامع الصغير لابى الليث وقال الحسن يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه فيسقط بذلك خياره قال المص وهذا اشبه بقول ابى حنيفة حيث جعل روية الوكيل روية الموكل ولو وصف الاعمى ثم ابصر لا خيار له لان خياره سقط فلا يعود الا بسبب جديد ولو اشترى البصير ثم عمى انتقل الخيار الى الوصف **قوله** ومن راى احد الثوبين فاشتراهما ثم راى الاخر جاز له ان يردهما لان روية احدهما ليست روية للاخر للتفاوت فى الثياب فيبقى الخيار فيما لم يره فله رده بحكم الخيار ثم لا يتمكن من رده فيردهما ان شاء كى لا يكون تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الروية قبل القبض وبعده كخيار الشرط بدليل ان له ان يفسخه بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من الاصل لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم بصفات المبيع وكذا لا يحتاج الى القضاء او الرضاء فان قيل ما الفرق بين هذا وبين ما اذا استحق احدهما لا يرد الباقى وهنا وفى الخيار الشرط يرد الاخر اذا رد احدهما بعد القبض اجيب بان رد احدهما فى خيار الروية والشرط يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لما علم ان الصفقة لا تتم معهما وفى الاستحقاق لو رد كان بعد التمام لان الصفقة تمت فيما كان ملك البائع ظاهرا فلم يثبت فى الباقى عيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له ان يرد الباقى ايضا كما فى خيار الروية والشرط لان الشركة فى الاعيان المجتمعة عيب والمشترى لم يرض بهذا العيب فى فصل الاستحقاق ولو كان قبض احدهما ولم يقبض الاخر ثم استحق احدهما له الخيار لتفرقها قبل التمام ولو كان المبيع مكيلا او موزونا فاستحق بعضه بعد القبض لا يخير لان الشركة

ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلمه مرئية لعدم الرضاء به وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول قول البائع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله قال ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها الا من عيب وكذلك خيار الشرط لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسئلة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري

ليس بعيب فيه ولو استحق قبل القبض يخير لتفريق الصفقة قبل التمام ولو وجد باحدهما عيبا في مسئلة الكتاب قبل القبض ليس له ان يرده وحده لتفرق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم قبل القبض هذا والمعنى في منع تفريق الصفقة قبل التمام وجوازه بعده لدفع الضرر الاكثر وذلك ان في تفريقها ثبوت ضررين دائما غير انه قبل التمام يكون ضرر البائع اكثر فانه ضرر مال فانه قد لا يروج احدهما الا بالآخر لجودة احدهما ورداءة الآخر وهو فوق ضرر المشتري فان ضرره ليس الا ابطال مجرد قوله اذا التزمناه ردهما وبعد القبض ضرر المشتري اكثر لانه متى رد الكل يبطل حقه عن اليد وضرر البائع موهوم اذ قد يبيع المردود بثمن جيد فعلمنا بدفع اعلى الضررين فيهما قوله ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث على ما ذكرناه من الوجه في خيار الشرط وتقدم ان خياري الشرط والرؤية لا يورثان وخيار العيب والتعيين يورثان بالاتفاق قوله ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان وجده على الصفة التي رآه عليها فلا خيار له لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة فلم يتناوله قوله عليه الصلوة والسلام من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه لانه باطلاقه يتناول الرؤية عند العقد وقبله الا اذا كان المشتري لا يعلمه مرئية اي لا يعلم ان المبيع كان قد رآه فيما مضى كان رأى جارية ثم اشترى جارية متنقبة لا يعلم انها التي كان رآها ثم ظهرت انها هي فان له الخيار لعدم ما يوجب الحكم عليه بالرضا او رأى ثوبا فلف في ثوب وبيع فاشتراه وهو لا يعلم انه ذلك وان وجده متغيرا عن الحالة التي كان رآه عليها فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانت رؤيته وعدمها سواء فان اختلفا في التغير فقال البائع لم يتغير وقال المشتري تغير فالقول للبائع لان دعوى التغير بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤيته ما يدل على المقصود من المبيع دعوى امر حادث بعده والاصل عدمه فلا يقبل الا ببينة بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية فقال البائع رأيته وقال المشتري لم اره فالقول للمشتري مع يمينه لان البائع يدعي امرا عارضا هو العلم بصفته والمشتري ينكره والقول له وكذا لو اراد ان يرده فقال البائع ليس هذا الذي بعتكه وقال المشتري بل هو هو القول للمشتري سواء كان ذلك في بيع بات او فيه خيار الشرط او الرؤية ولقائل ان يقول الغالب في البياعات كون المشترين رأوا المبيع فدعوى البائع رؤية المشتري تمسك بالظاهر لان الغالب هو الظاهر والمذهب ان القول لمن يشهد له الظاهر لا لمن يتمسك بالاصل الا ان يعارضه ظاهر فالوجه ان يكون القول للبائع في الرؤية بخلاف ما اذا كان له خيار العيب فان القول للبائع في انه غير المبيع مع يمينه وهذا لان المشتري في الخيارين ينفسخ العقد بفسخه بلا توقف على رضا الآخر بل على علمه على الخلاف واذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك اختلافا في المقبوض فالقول فيه قول القابض ضمينا كان او امينا كالغاصب والمودع بخلاف الفسخ بالعيب فانه لا ينفرد المشتري بفسخه ولكنه يدعي ثبوت حق الفسخ في الذي احضره والبائع ينكره وقوله الا اذا بعدت المدة استثناء من قوله القول قول البائع الا في صورة ما اذا طالت المدة على ما قالوا اي المشايخ لان الظاهر شاهد للمشتري اذ الظاهر انه لا يبقى الشيء في دار التغير وهي الدنيا زمانا طويلا لم يطرقه تغير قال محمد رح ارأيت لو رأى جارية ثم اشتراها بعد عشر سنين او عشرين سنة وقال تغيرت الا يصدق بل يصدق لان الظاهر شاهد له قال شمس الائمة وبه افتى الصدر الشهيد والامام المرغيناني فنقول ان كانت لا تتفاوت في تلك المدة غالبا فالقول للبائع واذا كان التفاوت غالبا فالقول للمشتري مثاله لو رأى دابة او مملوكا فاشتراه بعد شهر وقال تغير فالقول للبائع لان الشهر في مثله قليل قوله ومن اشترى عدل زطي لم يره وقبضه فباع ثوبا منه او وهبه وسلمه ثم رأى الباقي ليس له ان يرد شيئا منها الا من عيب وكذا لو اشترى العدل المذكور على ان له الخيار ثلاثة ايام

باب خيار العيب

واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به

وهو شرط الخيار والباقي بحاله اعني فباع بعضها او وهبه سقط خياره في الباقي وليس له ان يرده بخيار الشرط بل اذا اطلع على عيب وهذا لانه تعذر الرد فيما اخرجه عن ملكه فلو رد الباقي فقط كان تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام لما مر من ان قيام خيار الرؤية والشرط يمنع تمامها وان كان بعد القبض بخلاف خيار العيب فان الصفقة تتم معه بعد القبض وفيه اي في المقبوض وضع المسئلة لانها لو لم تكن مقيدة به لم يصح صورتها اذ لا يصح بيع ما لم يقبض وهبته ولانه لو كان قبل القبض كانت الخيارات كلها سواء وهي انه لا يرد احدهما بل يردهما بخيار الرؤية ان شاء فلا يصح ح قوله الا من عيب لانه اذا اشترى شيئين ولم يقبضهما حتى وجد باحدهما عيبا لا يرد المعيب خاصة بل يردهما ان شاء لا يقال في عدم رد الباقي عند رؤيته ترك العمل بحديث الخيار لحديث النهي عن تفريق الصفقة مع انه متروك الظاهر فان تفريقها جائز بعد تمامها وحديث الخيار اقوى قلنا لم نقل بعدم رده مطلقا بل قلنا اذا رده يرد معه الاخر فزدنا شرطا في الرد عملا بحديث الصفقة لنكون عاملين بالحديثين معا جمعا بينهما والعدل المثل والمراد به هنا الغرارة التي هي عدل غرارة اخرى على الجمل ونحوه اي يعادلها وفيها ثياب الزط في المغرب جيل من الهند تنسب اليهم الثياب الزطية وقيل جيل بسواد العراق وذكر الضمير في قوله فباع منه على لفظ العدل ثم انثه في قوله لم ير شيئا منها على معناه فكان نظير قوله تعالى وكم من قرية اهلكناها فجاءها باسنا بياتا او هم قائلون هذا ولو عاد الثوب الذي باعه من العدل او وهبه الى المشتري بسبب هو فسخ محض كالرد بخيار الرؤية او الشرط او العيب بالقضاء او الرجوع في الهبة فهو اي المشتري للعدل على خياره اي خيار الرؤية فله ان يرد الكل ح بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة كما ذكره شمس الائمة السرخسي وعن ابي يوسف وهو رواية علي بن الجعد عنه انه اي خيار الرؤية لا يعود لان الساقط لا يعود كخيار الشرط الا بسبب جديد وصححه قاضي خان وعليه اعتماد القدوري وحقيقة الملحظ مختلف فشمس الائمة لحظ البيع والهبة مانعا زال فيعمل المقتضي وهو خيار الرؤية عمله وتخطئه على هذه الرواية لسقطا واذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا اوجه لان نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها والله الموفق

باب خيار العيب تقدم وجه ترتب الخيارات والاضافة في خيار العيب اضافة الشيء الى سببه والعيب والعيبة والعاب بمعنى واحد يقال عاب المتاع اي صار ذا عيب وعابه زيد يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب ايضا على الاصل والعيب ما تخلو عنه اصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصا قوله واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع ولم يكن شرط البراءة من كل عيب فهو بالخيار ان شاء اخذ ذلك المبيع بجميع الثمن وان شاء رده هذا اذا لم يتمكن من ازالته بلا مشقة فان تمكن فلا كاحرام الجارية فانه سبيل من تحليلها ونجاسة الثوب وينبغي حمله على ثوب لا يفسد بالغسل ولا ينقص وانما ثبت له هذا الخيار لان مطلق العقد وهو ما لم يشترط فيه عيب يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير بيان الاول من المنقول والمعنى اما المنقول فما علقه البخاري حيث قال ويذكر عن العداء بن خالد قال كتب لي النبي صلى الله عليه وسلم هذا ما اشترى محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم من العداء بن خالد بيع المسلم المسلم لا داء ولا خبثة ولا غائلة ثم قال البخاري وقال قتادة الغائلة الزنا والسرقة والاباق وروى ابن شاهين في المعجم عن ابيه قال حدثنا عبد العزيز بن معاوية القرشي قال حدثنا عباد بن ليث قال حدثنا عبد الحميد بن وهب قال قال لي العداء بن خالد بن هوذة الا اقرئك كتابا كتبه لي رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم عبدا او امة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم ففي هذا ان المشتري العداء وفي الاول ان النبي صلى الله عليه وسلم وصحح في المغربيات المشتري كان العداء وتعليق البخاري انما يكون صحيحا اذا لم يكن بصيغة التمريض كيذكر بل بنحو قوله وقال معاذ

وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولانه لم يرض بزواله عن ملكه باقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره والمراد به عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضا به **قال** وكلما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ

لاهل اليمن ففي قوله عرم بيع المسلم المسلم دليل على ان بيع المسلم المسلم كان سليما ويدل عليه قضاؤه عم بالرد فيه على ما في سنن ابي داود بسنده الى عائشة ان رجلا ابتاع غلاما فاقام عنده ما شاء الله ان يقيم ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي صلى الله عليه وسلم فرده عليه فقال الرجل يا رسول الله قد استغل غلامي فقال عليه السلام الخراج بالضمان وفسر الخطابي الداء بما يكون بالرقيق من الادواء التي يرد بها كالجنون والجذام ونحوها والخبثة ما كان خبيث الاصل مثل ان يسبي من له عهد يقال هذا سبي خبثة اذا كان ممن يحرم سبيه وهذا سبي طيبة بوزن خيرة ضده ومعنى الغائلة الاغتيال حتى تتلف من حيلة وما يدليس عليك في المبيع من عيب وتفسيره الداء يوافق تفسير ابي يوسف له واما ابو حنيفة فقد فسره فيما رواه الحسن عنه بالمرض في الجوف والكبد والرئة وفسر ابو يوسف الغائلة بما يكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة وهو قول الزمخشري الغائلة الخصلة التي تغول المال اي تهلكه من اباق وغيره والخبثة هو الاستحقاق وقيل هو الجنون واما المعنى فلان السلامة لما كانت الاصل في المخلوق انصرف مطلق العقد اليها ولان العادة ان القصد الى ما هو متحقق من كل وجه لان دفع الحاجة على التمام به يكون والناقص معدوم من وجه فلا ينصرف اليه الا بذكره وتعيينه ولما كان القصد الى السالم هو الغالب صار كالمشروط فيتخير عند فقده كيلا يتضرر بالزام ما لم يرض به **قوله** وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان اي نقصان العيب وبه قال الشافعي خلافا لاحمد لان الخيار ثبت لدفع الضرر عن المشتري فلا يتحقق على وجه يوجب ضررا على الآخر من غير التزام له والبائع لم يلتزمه لانه حين باعه بالمسمى لم يرض بزواله عن ملكه الا به وان كان معيبا وهذا لان الظاهر معرفته بالعيب فانزل عالما به لطول ممارسته له مدة كونه في يده لذا العينة اتفق العلماء على انه اذا باعه على انه معيب فوجده سليما لا خيار له ولا يقال انه ما رضي بالثمن المسمى الا على اعتبار انه معيب فلا يكون راضيا به حين وجده سليما لانه انزل عالما بوصف السلامة فيه فحيث باعه بالمسمى كان راضيا بالثمن على اعتباره سليما فلا يرجع بشيء كما جعل عالما بالعيب فانزل غير راض فيه معيبا الا بذلك الثمن فلا يرجع عليه بشيء بل يتخير في اخذه به او رده فان بذلك يعتدل النظر من الجانبين في دفع ضرر لم يلتزمه واحد منهما به فهذا الوجه هو الاوجه وذكر المصنف قبله قوله ولان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بمجرد العقد فليس له ان يأخذ في مقابلة فواته شيئا وهذا لان الثمن عين فانما يقابله مثله والوصف دونه فانه عرض لا يجوز بانفراده فلا يقابل به الا تبعا المعروضه غير منفرد عنه وقوله بمجرد العقد احترازا عما اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة كما لو ضرب البائع الدابة فتعيبت فان الوصف حينئذ يفرد بالضمان وتخير المشتري وكذا اذا قطع البائع يد المبيع قبل القبض فانه يسقط نصف الثمن لانه صار مقصودا بالتناول او حكما بان امتنع الرد لحق البائع كان تعيب عند المشتري بعيب آخر او لحق الشرع بان جنى جناية ولذا قلنا ان من اشترى بقرة فحلبها وشرب لبنها ثم ظهر له عيب لا يردها لان تلك الزيادة التي اتلفها جزء المبيع الا انها تبع محض **فروع** لو صالح المشتري البائع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز وبه قال مالك والشافعي في وجه وفي وجه لا يجوز والاتفاق على عدمه في خيار الشرط والرؤية **قوله** وكلما اوجب نقصان الثمن الذي اشتري به في عادة التجار فهو عيب وهذا ضابط العيب الذي يرد به وهذا لان ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به والمرجع في كونه عيبا او لا لاهل الخبرة بذلك وهم التجار وارباب الصنائع ان كان المبيع من المصنوعات وبهذا قالت الائمة الثلاثة وسواء كان ينقص العين او لا ينقصها ولا ينقص منافعها بل بمجرد النظر اليها كالظفر الاسود الصحيح القوي على العمل وكما في جارية تركية لا تعرف لسان الترك **قوله** والاباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير وقوله ما لم يبلغ بمعنى مدة عدم بلوغه يجري مجرى البدل من الصغير واذا كان ذلك عيبا في الصغير فظهرت عند البائع

ومعناه اذا ظهرت عند البائع فی صغره ثم حدثت عند المشتری فی صغره فله ان یرده لانه عین ذلک وان حدثت بعد بلوغه لم یرده لانه غیره وهذا لان سبب هذه الاشیاء یختلف بالصغر والکبر فالبول فی الفراش فی الصغر لضعف المثانة وبعد الکبر لداءٍ فی الباطن والاباق فی الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد الکبر لخبثٍ فی الباطن والمراد من الصغیر من یعقل فاما الذی لا یعقل فهو ضال لا آبق فلا یتحقق عیبا

ثم وجدت ایضا عند المشتری فی الصغر له ان یرده به ثم قال القدوری فاذا بلغ فلیس ذلک بعیب حتی یعاوده بعد البلوغ وقد اعطی المصنف معنی هذه الجملة حیث قال ومعناه ای معنی قوله فاذا بلغ الخ وحاصله انه اذا ظهرت هذه الاشیاء عند البائع فی صغره ووجد عند المشتری بعد البلوغ لم یرده به لانه غیر ذلک الذی کان عند البائع وبینه بان سبب هذه الاشیاء یختلف بالصغر والکبر والبول فی الفراش للصغیر لضعف المثانة وبعد الکبر لداء فی الباطن والاباق فی الصغر لحب اللعب والسرقة فی الصغیر لقلة المبالاة وهما بعد الکبر لخبث فی الباطن فاذا اختلف سببها بعد البلوغ وقبله کان الموجود منها بعده غیر الموجود منها قبله واذا کان غیره فلا یرد به لانه عیب حادث عنده بخلاف ما اذا ظهرت عند البائع والمشتری فی الصغر اوظهرت عندهما بعد البلوغ فان له ان یرده بها واذا عرف الحکم وجب ان یقرر اللفظ المذکور فی المختصر وهو قوله فاذا بلغ فلیس ذلک الذی کان قبله عند البائع بعیب فاذا وجد بعده عند المشتری حتی یعاوده بعد البلوغ عند المشتری بعد ما وجد بعده عند البائع واکتفا بلفظ المعاودة لان المعاودة لاتکون حقیقة الا اذا اتحد الامر لانه لایقال عاد زید فیما اذا ابتدأ غیره ففرض تحقق المعاودة بعد البلوغ یوجب وجوده منه قبل ذلک بعد البلوغ ایضا والا فلا معاودة وقوله لیس بعیب ای لا یرد به قوله والمراد من الصغیر الخ تقیید للصغیر الذی ذکر انه اذا وجد منه شیء من هذه الامور عند البائع والمشتری یرد بان یکون صغیرا یعقل واما الصغیر الذی لا یعقل فهو اذا فقد ضال لا آبق وکذا لایکون بوله وسرقته عیبا قال فی الایضاح السرقة والبول فی الفراش قبل ان یاکل وحده ویشرب وحده لیس بعیب لانه لا یعقل الفعل وبعد ذلک عیب ما دام صغیرا وکذا روی ابو یوسف فی الامالی عن ابی حنیفة وفی بعض المواضع ویستنجی وحده واذا قدر بها حدوا ما قدر بها فی الحضانة اقتضی ان یکون ابن سبع سنین اذا صدر منه ذلک لا یرد به لانهم قدروا الذی یاکل وحده الخ بذلک لکن وقع التصریح فی غیر موضع بتقدیره بما دون خمس سنین وفی الفوائد الظهیریة وهنا مسئلة عجیبة هی ان من اشتری عبدا صغیرا فوجده یبول فی الفراش کان له الرد ولو تعیب بعیب اخر عند المشتری کان له ان یرجع بالنقصان فاذا رجع به ثم کبر العبد هل للبائع ان یسترد النقصان لزوال ذلک العیب بالبلوغ لا روایة فیها قال وکان والذی یقول ینبغی ان یسترد واستدل بمسئلتین احدیهما اذا اشتری جاریة فوجدها ذات زوج کان له ردها ولو تعیبت بعیب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع به ثم ابانها الزوج کان للبائع ان یسترد النقصان لزوال ذلک العیب فکذا فیما نحن فیه والثانیة اذا اشتری عبدا فوجده مریضا کان له الرد ولو تعیب بعیب اخر رجع بالنقصان فاذا رجع ثم برئ بالمداواة لا یسترد والاسترداد والبلوغ ههنا لا بالمداواة فینبغی ان یسترد انتهی وفی فتاوی قاضی خان اشتری جاریة وادعی انها لا تحیض واسترد بعض الثمن ثم حاضت قالوا ان کان البائع اعطاه علی وجه الصلح عن العیب کان للبائع ان یسترد ذلک وفیها ایضا اشتری عبدا وقبضه فحم عنده وکان یحم عند البائع قال الامام ابو بکر محمد بن الفضل المسئلة محفوظة عن اصحابنا انه ان حم فی الوقت الذی کان یحم فیه عند البائع کان له ان یرده او فی غیره فلا یقبل له فلو اشتری ارضا فنزت عند المشتری وقد کانت تنز عند البائع کان له ان یسترد لان سبب النز واحد وهو تسفل الارض وقرب الماء الا ان یجیء ماء غالب او کان المشتری رفع من ترابها فیکون النز غیر ذلک او یشتبه فلا یدری انه عینه او غیره قال القاضی الامام یشکل ما فی الزیادات اشتری جاریة بیضاء احدی العینین وهو یعلم بذلک فلم یقبضها حتی انجلی ثم عاد عند البائع لیس للمشتری الرد وجعل الثانی عین الاول الذی رضی به اذا کان الثانی عند البائع ولم یجعله

قال والجنون فى الصغر عيب ابدا ومعناه اذا جن فى الصغر فى يد البائع ثم عاوده فى يد المشترى فيه او فى الكبر يرده لانه عين الاول اذ السبب فى الحالين متحد وهو فساد العقل وليس معناه انه لا يشترط المعاودة فى يد المشترى لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قل ما يزول فلا بد من المعاودة للرد قال والبخر والدفر عيب فى الجارية لان المقصود قد يكون الاستفراش وهما يخلان به وليس بعيب فى الغلام لان المقصود هو الاستخدام ولا يخلان به الا ان يكون من داء لان الداء عيب والزنا وولد الزنا عيب فى الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود فى الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود فى الغلام وهو الاستخدام الا ان يكون الزنا عادة له على ما قالوا لان اتباعهن يخل بالخدمة

عينه اذا عاد البياض عند المشترى وقال لا يرد ثم قال القاضى الامام كنت اشاور شمس الائمة الحلوانى وهو يشاورنى فيما كان مشكلا اذا اجتمعنا فتشاورنا فى هذه المسئلة فما استفدت منه فرقا قوله والجنون عيب ابدا هذا لفظ محمد فلو جن فى الصغر فى يد البائع ثم عاوده فى يد المشترى فى الصغر او فى الكبر يرد لانه عين الاول لان السبب للجنون فى حال الصغر والكبر متحد وهو فساد الباطن اى باطن الدماغ فهذا معنى لفظ ابدا المذكور فى لفظ محمد وليس معناه انه لا يشترط المعاودة للجنون فى يد المشترى كما ذهب اليه طائفة من المشايخ فاثبتوا حق الرد بمجرد وجود الجنون عند البائع وان لم يجن عند المشترى فان هذا غلط لان الله تعالى قادر على ازالته بازالة سببه وان كان قل ما يزول وقد تحققنا كثيرا من النساء والرجال جنوا ثم عرفوا بالمداواة فاذا لم يعاوده جاز كون البيع صدر بعد ازالة الله سبحانه وتعالى هذا الداء وزوال العيب فلا يرد بلا تحقق قيام العيب فلا بد من معاودة الجنون للرد وهذا هو الصحيح وهو المذكور فى الاصل والجامع الكبير واختاره الاسبيجابى قال محمد بعد قوله اذا جن مرة واحدة فهو عيب لازم ابدا باسطر وان طعن المشترى بآباق او جنون لا يعلم القاضى فى ذلك فانه لا يستحلف البائع حتى يشهد شاهدان انه قد ابق عند المشترى او جن صرح باشتراط المعاودة فى الجنون هذا بخلاف ما اذا ولدت الجارية عند البائع لا من البائع او عند آخر فانها ترد على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح وان لم تلد ثانيا عند المشترى لان الولادة عيب لازم لان الضعف الذى حصل بالولادة لا يزول ابدا وعليه الفتوى وفى رواية كتاب البيوع لا ترد وفى المحيط تكلموا فى مقدار الجنون قيل هو عيب ان كان ساعة وقيل ان كان اكثر من يوم وليلة فهو عيب يوم وليلة وما دونه ليس بعيب وقيل المطبق عيب وما ليس بمطبق ليس بعيب السرقة وان كان اقل من عشرة عيب وقيل ما دون الدرهم نحو فلس او فلسين ونحوه ليس عيبا والعيب فى السرقة لا فرق فيه بين كونه من المولى او من غيره الا فى المأكولات فان سرقتها لاجل الاكل من المولى ليس عيبا ومن غيره عيب وسرقتها للبيع من المولى وغيره عيب ونقب البيت عيب وان لم يسرق منه والاباق ما دون السفر عيب بلا خلاف واختلفوا فى انه هل يشترط خروجه من البلد فقيل شرط فلو ابق من محلة الى محلة لا يكون عيبا ومن القرية الى مصر اباق وكذا على العكس ولو ابق من غاصبه الى المولى فليس بعيب ولو ابق منه ولم يرجع الى المولى ولا الى الغاصب فان كان يعرف منزل مولاه ويقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان لم يعرفه او لا يقدر فلا قوله والدفر هذه اربعة اشياء عيب فى الجارية وليست عيبا فى الغلام البخر والدفر والزنا وولد الزنا لان الجارية قد يراد منها الاستفراش وهذه المعانى تمنع منه فكانت عيبا بخلاف الغلام فانه للاستخدام خارج البيت وهذه ليست مانعة منه فلا يعد عيبا الا اذا كان البخر والدفر من داء فيكون عيبا فى الغلام ايضا الا ان الداء عيب فى فتاوى القاضى قال الا ان يكون فاحشا لا يكون مثله فى عامة الناس فيكون عيبا وعن ابى حنيفة الدفر ليس عيبا فى الجارية ايضا الا ان يتفاحش فيكون عيبا فيهما دونه وقيل اذا كان العبد امرد يكون البخر عيبا به والصحيح انه كالاخرق بين كونه امرد وغيره والدفر نتن ريح الابط يقال رجل ادفر وامرأة دفراء ومنه السب يقال يا دفار وسعد ولى عن والدفر يقال للمنتن دفرة وشئ ذفر بسكون الفاء وفتحها كل ذلك بالدال مهملة واما باعجام الدال فبفتح الفاء لا غير وهو حدة من طيب او نتن ومنه اوحدة الطيب فقيل مسك اذفر ذكره فى الجمهرة وفيها وصفت امرأة من العرب شيخا فقالت ذهب ذفره واقبل بخره قيل الرواية هنا والسماع بالدال غير المعجمة والبجر بالجيم عيب هو انتفاخ تحت السرة ومنه سمى بعض الناس بجرا وفى الصحابة غالب بن ابجر وقلبه وسمى به فرس لفترة وكذا الادر وهو عظم الخصيتين والادن عيب هو من يسيل الماء من منخريه والبخر الذى هو عيب هو الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون لقلح فى الاسنان فان ذلك يزول بتنظيفها ووجه كون الجارية ولد زنا عيبا انه يخل بالمقصود من طلب الولد لانها اذا كانت ولد زنا عير الولد بامه قوله الا ان يكون الزنا له عادة استثناء من قوله دون الغلام وقوله على ما قالوا يعنى المشايخ لان اتباعهن يخل بالخدمة اذ كلما توجه لحاجة اتبع هواه وقال قاضى خان لو كان الزنا منه مرارا كان عيبا لانه يضعفه عن بعض الاعمال

قال والكفر عيب فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ولانه يمتنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة فلو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال العيب وعند الشافعي يرده لان الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم وفوات الشرط بمنزلة العيب

ويزداد بالزيادة ضعفا في نفسه فيتعلل وفي عرضه ربما تأذى به حريمه ومن العيوب عدم الختان في الغلام والجارية المولدين البالغين بخلافهما في الصغيرين وفي الجليب من دار الحرب لا يكون عيبا مطلقا وفي فتاوى قاضي خان هذا عندهم يعني عدم الختان في الجارية المولدة اما عندنا فعدم الختان في الجواري لا يكون عيبا قوله والكفر عيب فيهما اي في الغلام والجارية لان طبع المسلم ينفر عن صحبة الكافر للعداوة الدينية وفي التزامه نهاية الاضرار بالمسلم ولا يأمنه على الخدمة في الامور الدينية كاتخاذ ماء الوضوء وحمل المصحف اليه من مكان الى مكان ولا يقدر على اعتاقه عن كفارة قتل خطأ فتقل رغبته والوجه والاول ولذا قلنا انه لو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده ولانه زوال العيب والنكاح والدين عيب في كل من الجارية والغلام وعند الشافعي تفصيل حسن في الدين وهو انه اذا كان دينا يتأخر الى بعد العتق فلا خيار له يرده به كدين معاملة بان اشترى شيئا بغير اذن المولى وان كان في رقبته بان جنى في يد البائع فلم يفده حتى باعه فله رده لانه يقال في بعد العتق قد يضره في نقصان لامته ميراثه قوله واذا كانت الجارية بالغة لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب لان انقطاع الحيض في اوانه واستمراره علامة الداء فكان الانقطاع والاستمرار دليلا على الداء والداء عيب قد يتولد المرض من الانقطاع في اوانه بخلاف ما اذا كانت بسن الاياس فان الانقطاع ليس عيبا ح فحقيقة التعييب فيهما بالداء ولذا قال بعضهم اذا اراد ان يرد بعيب الانقطاع فلا يدعي الانقطاع بل ينبغي ان يدعي باحد السببين من الحبل او الداء حتى تسمع دعواه لان الانقطاع بدونهما لا يعد عيبا والمرجع في الحبل الى قول النساء وفي الداء قول الاطباء ولا يثبت العيب بقول الاطباء حتى تسمع الخصومة مع البائع الا ان يتفق منهم عدلان بخلاف العيب الذي لا يطلع عليه الا النساء فانه يقبل في توجيه الخصومة قول امرأة واحدة وكذا في الحبل وفي الكافي نص على الاكتفاء في المرض الباطن بقول طبيب عدل ولا يشترط العدد ولفظة الشهادة وكذا نص عليه الشيخ ابو المعين في شرح الجامع الكبير وهو اوجه لانه لتوجه الخصومة لا للرد وفي التحفة اذا كان العيب باطنا لا يعرفه الا الخواص كالاطباء والنخاسين فان اجتمع عليه مسلمان وقاله مسلم عدل قبل ويثبت العيب في اثبات حق الخصومة وفي فتاوى قاضي خان ان اخبر بذلك عدل واحد ثبت العيب في حق الخصومة والدعوى ثم يقول القاضي هل حدث عندك هذا العيب فان قال نعم قضى عليه بالرد وان انكر ولا بينة عليه استحلف كما سنذكره ويعتبر في الارتفاع الموجب للعيب اقصى غاية البلوغ وهو ان يكون سنها سبع عشرة سنة عند ابي حنيفة ويعرف ذلك اي الارتفاع والاستمرار بقول الامة لانه لا طريق له الا ذلك فاذا انضم الى قولها نكول البائع اذا استحلف قبل القبض وبعده في الصحيح ردت واحترز بقوله في الصحيح عما روي عن ابي يوسف انها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وعن محمد اذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء ووجه الصحيح ان شهادتهن حجة ضعيفة فلا يحكم بها الا مؤيدة وهو نكول البائع ثم ذكر في النهاية في صفة الخصومة في ذلك ان المشتري اذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي يسأله عن مدة الانقطاع فان ذكر مدة قصيرة لا تسمع دعواه وان ذكر مدة مديدة سمعت والمديدة روي عن ابي يوسف مقدرة بثلاثة اشهر وعن محمد باربعة اشهر وعشر وعن ابي حنيفة وزفر بسنتين وما دون المديدة قصيرة فان كان القاضي مجتهدا اخذ بما ادى اليه اجتهاده والا اخذ بما اتفق عليه اصحابنا وهو سنتان واذا سمع الدعوى يسأل البائع اهي كما يدعي المشتري فان قال نعم ردها على البائع بالتماس المشتري وان قال هي كذلك للحال وما كانت كذلك عندي توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيامه للحال فان طلب المشتري يمين البائع يحلف البائع فان حلف برئ وان نكل ردت عليه وان شهد للمشتري شهود لا تقبل شهادتهم على الانقطاع وتقبل على الاستحاضة عليها لانها مما يمكن الاطلاع ولا يمكن على الانقطاع الذي يعد عيبا وان انكر البائع الانقطاع في الحال هل يستحلف عند ابي حنيفة لا وعندهما يستحلف وهذا بينوا عن تقرير الكتاب وانما يوافق تقرير الهداية ما نقله صاحب النهاية بعد ما ذكرنا ما ذكر عن فتاوى قاضي خان اشترى جارية حقيقة ما لم تحض

قال فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة رحمه الله ويعرف ذلك بقول الأمة فترد إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح

عند المشتري شهرا أو أربعين يوما قال القاضي الإمام ارتفاع الحيض عيب وأدناه شهر واحد فإذا ارتفع هذا القدر عند المشتري كان له أن يرده إذا ثبت أنه كان عند البائع انتهى وهذا كما ترى لا يشترط ثلاثة أشهر ولا أكثر وينبغي أن يعول عليه وما تقدم خلاف بينهم في استمرار ممتدة الطهر فعند أبي حنيفة رح وهو قول زفر سنتان وعند أبي يوسف ثلاثة أشهر وهو قول أبي حنيفة رح أولا وعنه وهو قول محمد أربعة أشهر وعشر وفي رواية عن محمد شهران وخمسة أيام وعليه الفتوى والرواية هناك ليست واردة هنا لأن الحكم هناك يستدعي ذلك الاعتبار فإن الوطء ممنوع شرعا إلى الحيضة لاحتمال الحبل فيكون ساقيا ماءه زرع غيره فقدره أبو حنيفة وزفر بسنتين لأن أكثر مدة الحبل فإذا مضتا ظهر انتفاؤه فيجوز وطؤها وهو أقيس وقدره محمد وأبو حنيفة في رواية بأربعة أشهر وعشر لأنها اعتبرت بعدة المتوفى عنها ولأن فيها يظهر الحبل غالبا لو كانت حاملا وقدره أبو يوسف بثلاثة لأنها جعلت عدة التي لا تحيض والحكم هنا ليس إلا كون الامتداد عيبا فلا يتجه إناطته بسنتين أو غيرها من المدد لأن كونه عيبا باعتبار كونه يؤدي إلى الداء وطريقا إليه وذلك لا يتوقف على مضي مدة معينة مما ذكرنا ظهر أنه لا يحتاج إلى دعوى الانقطاع للرد إلى تعيين أنه عن حبل أو داء في الدعوى فإن كونه عيبا باعتبار كونه مفضيا إلى الداء فهلا يكون لا عن داء تقدم عليه فلذا لم يتعرض الفقيه النفس قاضي خان لما ذكر من تعيين كون الانقطاع عن أحدهما بل قال إذا ادعى الانقطاع في أوانه فقد ادعى العيب ويكفي شهر واحد فإن لم يتحقق الانقطاع في أوانه وهو العيب لأنه إن كان في الواقع سببا عن داء فهو عيب وطريقا إليه فكذلك فيكفي في الخصومة ادعاء ارتفاعه فقط وهو الذي يجب أن يعول عليه لا فيما يظهر للطبيب وأما ممتدة الطهر وكثيرا ما يكون في الممتدة طهرها شهرين أو ثلاثة صحيحة لا يظهر بها داء وهذا هو ظاهر الهداية ألا ترى إلى قوله ويعرف ذلك بقول الأمة وكذا قال الإمام العتابي وغيره إنما يعرف ذلك عند المنازعة بقول الأمة لأنه لا يقف على ذلك غيرها فلو كان لا بد من اعتقاده لزوم دعوى الداء أو الحبل في دعوى عيب الانقطاع لم يتصور أن يثبت بقولها حتى توجه اليمين على البائع بل لا يرجع إلا إلى قول الأطباء أو النساء فظهر أن ما ذكر في النهاية من لزوم دعوى الداء أو الحبل في دعوى انقطاع الحيض ثم إنه يحتاج في توجه الخصومة إلى قول الأطباء أو النساء ليس تقريرا لما في الكتاب بل ما ذكره مشايخ آخرون يغلب على الظن خطأ وهم وكذا ما ذكر غيره من جعل هذه وزان المشتراة بكرا على قول أبي حنيفة وأبي يوسف أنه إذا قال المشتري ليست بكرا وقال البائع بكر في الحال فإن القاضي يريها النساء فإن قلن هي بكر لزم المشتري من غير يمين البائع لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد هو أن الأصل البكارة وإن قلن هي ثيب لا يثبت حق الفسخ بشهادتهن فيحلف البائع لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر إن كان بعد القبض وإن كان قبله حلف أنها بكر غير موافق لأن العيب هنا يوجب حق الخصومة بمجرد قولها حتى يتوجه عليه اليمين ويقضي بالنكول على ما في الكتاب والعتابي وغيرهما وفي البكارة لا بد من رؤية النساء وكيف وإذ لا طريق إلى استعلام الانقطاع إلا قولها بخلاف البكارة لها طريق تستعلم به فلا يرجع فيها إلى قولها وإذا عرف هذا فقول المصنف هو الصحيح إن كان احترازا عن قول أبي يوسف إنها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وما ذكرنا عن محمد فغير مناسب فإن ما عن أبي يوسف ومحمد في ذلك إنما هو في دعوى البكارة والرتق والقرن وقياس هذه عليها غير صحيح إذ لا يعرف ذلك إلا من النساء وقول النساء هنا إنها منقطعة الحيض غير معتبر وقد ذكروا أن الشهادة على الانقطاع الكائن عيبا لا يقبل إذ لا يطلع عليه وترتيب الخصومة على ما في الهداية وقاضي خان والعتابي وهو ما صححناه أن يدعي الانقطاع في الحال ووجوده عند البائع فإن اعترف البائع بها ردت عليه وإن أنكر وجوده عنده واعترف بالانقطاع في الحال استخبرت الجارية فإن ذكرت أنها منقطعة اتجهت الخصومة فيحلفه بالله ما وجد عنده وإن نكل ردت عليه ولهذا قول المصنف ترد إذا انضم إليه نكول البائع ولو اعترف بوجوده عنده وأنكر الانقطاع في الحال فاستخبرت فأنكرت الانقطاع والفرض أن لا تقبل عليه بينة والمشتري يدعيه فقد صرح

قال واذا حدثت عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع ولابد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البائع ان ياخذه بعيبه لانه رضى بالضرر

في النهاية بما قدمناه من انه اذا انكر الانقطاع في الحال لا يستحلف عند ابي حنيفة ويستحلف عندهما ويجب كون الاستحلاف على العلم بالله ما يعلم انها منقطعة عند المشتري فان نكل تجهت الخصومة وان حلف تعذرت ولعمري قلما يحلف كذلك الا وهو بار ومن اين له العلم بانها عند المشتري لم تحض وكان المذكور في النهاية مبني على ما ذكره هو في صورة الخصومة واما ما في الهداية فان القول قولها في الانقطاع ويمكن ان يجري فيه ايضا وهذا تعداد العيوب عدة الجارية عن طلاق رجعي عيب لا عن بائن والنكاح عيب فيهما وكثرة الخيلان وحمرة الشعر اذا فحشت بحيث تضرب الى البياض وكذا الشمط لانه في غير اوانه ودليل الداء وفي اوانه دليل الكبر والعشي ان لا يبصر ليلا والسن الساقطة ضرسا او غيره وسواده وسواد الظفر والعسر وهو ان يعمل بيساره ولا يستطيع العمل بيمينه بخلاف اعسر يسر وهو ان يعمل بهما فانه زيادة حسن والقشم وهو يبوسة الجلد والتشنج في الاعضاء والغرب وهو ورم في المآقي وربما يسيل منه شيء فيصير صاحبه كصاحب الجرح السائل والحول والحوص نوع منه والشتر وهو انقلاب الجفن وبه سمي الاشتر والظفر وهو بياض يبدو في انسان العين وجرب العين وغيرها والشعر والقبل في العين ومنه قول الشاعر يصف خيلا تراهن يوم الروع كالحدار القبل والماء في العين والسبل والسعال القديم اذا كان عن داء فاما القدر المعتاد منه فلا والعزل وهو ان يعزل ذنبه الى احد الجانبين والمشش وهو ورم في الدابة له صلابة والفدع وهو اعوجاج في مفاصل الرجل والفحج وهو تباعد ما بين القدمين والصكك وهو صك احدى ركبتيه بالاخرى والرتق والقرن والعفل وهو امتلاء لحم الفرج والسلعة والقروح وآثارها والدخس وهو ورم يكون باطراف حافر الفرس والحمار والحنف وهو ميل كل من ابهامي الرجل الى الاخرى وقال محمد بن الاعرابي الاحنف الذي يمشي على ظهر قدميه وتناثر شعر الراس والصدف التوائي اصل العنق وقيل ميل في البدن والشدق سعة مفرطة في الفم والتخنث قيل اذا فحش او كان ياتي بافعال ردية والحمق وكونها مغنية وشرب الغلام وترك الصلوة وغيره من الذنوب وقلة الاكل في البقرة ونحوها وكثرته في الانسان وقيل في الجارية عيب لا الغلام ولا شك انه لا فرق اذا افرط وعدم المسيل في الدار والشرب للارض وكذا ارتفاعها بحيث لا تسقى الا بالسكر وكون الجارية محترقة الوجه لا يدري حسنها من قبحها بخلاف ما اذا كانت ذميمة او سوداء والعثار في الدواب ان كان كثيرا فاحشا وكذا اكل العذارى والجموح والامتناع عن اللجام وكذا الحرن عند العطف والسير والسيلان اللعاب على وجه بل المخلاة اذا علق عليه فيها وكثرة التراب في الحنطة ترد به بخلاف ما اذا كان معتادا وليس له ان يميز التراب ويرجع بحصته وكذا لو اشترى خفا او مكعبا للبس فلم يدخل رجله فيه فهو عيب ولو باع سويقا ملتوتا على ان فيه كذا من السمن او قميصا على ان فيه عشرة اذرع والمشتري ينظر اليه وظهر خلافه فلا خيار له قوله واذا حدث عند المشتري عيب بآفة سماوية او غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بنقصان العيب وليس له ان يرد المبيع لان الرد اضرار بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما فلو الزمناه به معيبا تضرر ولابد من دفع الضرر عن المشتري فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البائع ان ياخذه بعيبه الحادث عند المشتري فله ذلك لانه رضي بالضرر وما كان عدم الزامه المبيع الا لدفع الضرر عنه فاذا رضي فقد اسقط حقه اللهم الا ان يمتنع اخذه اياه بحق الشرع بان كان المبيع عصيرا فتخمر عند المشتري ثم اطلع على عيب فانه لو اراد البائع ان ياخذه بعيبه لا يمكن من ذلك لما فيه من تمليك الخمر وتملكها ومنعهما من ذلك حق الشرع فلا يسقط بتراضيهما على اهداره كما لو تراضيا على بيع الخمر وشرائها فان قيل ينبغي ان يرجح جانب المشتري فيرجع بالنقصان ثم لا يرد المبيع لان البائع دلس عليه فكان مغرورا من جهته اجيب بان المعصية الصادرة عنه لا تمنع

قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث فان قال البائع انا اقبله كذلك كان له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي به فان باعه المشتري لم يرجع بشئ لان الرد غير ممتنع برضاء البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان فان قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلا وليس للبائع ان يأخذه لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه فان باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع وعن هذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعدها بالتسليم اليه

حصته ماله كما اذا صبغ ذا عمل فالثوب المغصوب بالخياطة او الصبغ ايا لاحمر لان الظالم لا يظلم والضرر عن المشتري يندفع باثبات حق الرجوع بحصة العيب فان قيل تقدم ان الاوصاف لا حصة لها من الثمن بانفرادها اجيب بانها اعتبرت اصولا ضرورة جبر حق المشتري والا يهدر كما صيرت اصولا بالقصد من اتلافها وكلما رجع بالنقصان فمعناه ان يقوم العبد بلا عيب ثم يقوم مع العيب فينظر في التفاوت وان كان مقدار عشر القيمة رجع بعشر الثمن وان كان اقل او اكثر فعلى هذا الطريق ثم الرجوع بالنقصان اذا امتنع الرد بفعل مضمون من جهة المشتري اما اذا كان بفعل من جهته كذلك كان قتل المبيع او باعه او وهبه وسلمه او اعتقه على مال او كاتبه ثم اطلع على عيبه فليس له الرجوع بالنقصان وكذا اذا قتل عند المشتري خطأ لانه لما وصل البدل اليه صار كان ملكه من القاتل فكان كما لو باعه ثم اطلع على عيب لم يكن له حق الرجوع ولو امتنع الرد بفعل غير مضمون له ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع قوله لا يرجع بالنقصان اذا ابق العبد ما دام حيا عند ابي حنيفة وبه قال الشافعي لان الرد موهوم فلا يصار الى خلفه وهو الرجوع بالنقصان الا عند الياس من الاصل وعن ابي يوسف يرجع لتحقق العجز في الحال والرد موهوم وهو لا يعارض الموجود قوله ومن اشترى ثوبا فقطعه يعني ولم يخطه ثم وجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع لانه عيب حادث فان قال البائع انا اقبله كذلك اي مقطوعا كان له ذلك لان الامتناع اي امتناع رده لحقه وقد رضي به اي برده معيبا فزال المانع فان باعه المشتري اي بعد القطع بعد علمه بالعيب او قبله لم يرجع بشئ لان الرد لم يمتنع بالقطع برضى البائع فحين باعه مع عدم امتناع رده مقطوعا صار حابسا للمبيع بالبيع فان كان المشتري قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او كان المبيع سويقا فلته بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لانه امتنع الرد بسبب الزيادة المتصلة وانما امتنع لانه لا وجه للفسخ في الاصل اعني الثوب بدونها كالصبغ مثلا والخياطة والسمن لانه لا ينفك عنه ولا الى الفسخ معها لان الزيادة ليست بمبيعة والفسخ لا يرد على غير المبيع لانه رفع الى ما كان من المبيع فيبقى ما كان من المبيع والثمن على ما كان فلو ورد على الزيادة لزم الربا فان الزيادة ح تكون فضلا مستحقا في عقد المعاوضة بلا مقابل وهو معنى الربا او شبهته وشبهة الربا حكم الربا فلا يجوز فامتنع اصلا وليس للبائع ان يأخذه وان رضي المشتري بترك الزيادة لان الامتناع لم يتمحض لحقه بل لحقه وحق الشرع بسبب ما ذكرنا من لزوم الربا ورضاه باسقاط حقه لا يتعدى الى حق الشرع بالاسقاط واذا امتنع الرد بالفسخ فلو باعه المشتري رجع بالنقصان لان الرد لما امتنع لم يكن المشتري ببيعه حابسا له عن البائع وعلى هذا الاصل وهو ان الرد اذا كان ممكنا فاخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان لانه حابس وان كان مع عدم امكانه يرجع لانه غير حابس قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان التمليك من الابن الصغير حصل بمجرد القطع للغرض المذكور قبل الخياطة مسلما اليه وهو نائبه في التسليم فصار به حابسا للمبيع مع امكان الرد والخياطة بعد ذلك وجودها وعدمها سواء فلا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا والباقي بحاله رجع بالنقصان لانه لا يصير مسلما اليه الا بعد الخياطة فكانت الخياطة على ملكه وكان امتناع الرجوع بسبب الزيادة التي هي الخياطة قبل اخراجه عن ملكه فبعد ذلك لا يتفاوت الحال بين ان يخرجه عن ملكه بالبيع او الهبة او لا في جواز الرجوع بالنقصان وهو معنى ما في الفوائد الظهيرية من ان الاصل في جنس هذه المسائل ان كل موضع يكون المبيع قائما على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع فاخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان وكل موضع يكون المبيع قائما على ملكه ولا يمكنه الرد وان رضي البائع فاخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان انتهى وهذا اصل آخر في الزيادة اللاحقة بالبيع الزيادة متصلة ومنفصلة وكل منهما ضربان فالمتصلة غير متولدة من المبيع كالصبغ

قال ومن اشترى عبدا فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه أما الموت فلأن الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله وأما الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لأن الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لأن العتق إنهاء الملك لأن الآدمي ما خلق في الأصل محلا للملك وإنما يثبت الملك فيه موقتا إلى الإعتاق فكان إنهاء فصار كالموت وهذا لأن الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته لأنه تعذر النقل مع بقاء المحل بالأمر الحكمي وإن أعتقه على مال لم يرجع بشيء لأنه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يرجع لأنه إنهاء للملك وإن كان بعوض فإن قتل المشتري العبد أو كان طعاما فأكله لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة رحمه الله أما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي فصار كالموت حتف أنفه فيكون إنهاء ووجه الظاهر أن القتل لا يوجد إلا مضمونا وإنما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الإعتاق لأنه لا يوجب الضمان لا محالة كإعتاق المعسر عبدا مشتركا وأما الأكل فعلى الخلاف فعندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف إذا لبس الثوب حتى تخرق لهما أنه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبه الإعتاق وله أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فأشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا ألا ترى أن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع

والخياطة واللت بالسمن والغرس والبناء وهي تمنع الرد بالعيب بالاتفاق خلافا للشافعي وأحمد ولو قال البائع أنا أقبله كذلك ورضي المشتري لا يجوز لما ذكرنا من حق الشرع للربا ومن المنفصلة غير المتولدة ما لو كان حنطة فطحنها أو لحما فشواه أو دقيقا فخبزه فلو باعه بعد ذلك يرجع بالنقصان لأنه ليس بحابس للمبيع بل ممتنع قبل البيع بحق الشرع وفي كون الطحن والشي من الزيادة المتصلة تأمل والمتولدة من الأصل كالسمن والجمال والانجلاء ببياض العين وهي لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية لأن الزيادة تمحضت تبعا للأصل بتولدها منه مع عدم انفصالها فكان الفسخ لم يرد على زيادة أصلا والمنفصلة المتولدة منه كالولد واللبن والثمر في بيع الشجر والأرش والعقر وهي تمنع الرد لتعذر الفسخ عليها لأن العقد لم يرد عليها ولا يمكن التبعية للانفصال فيكون للمشتري لو كانت قبل القبض إن شاء ردهما جميعا وإن شاء رضي بهما بجميع الثمن وأما بعد القبض فيرد المبيع خاصة لكن بحصته من الثمن بأن يقسم الثمن على قيمته وقت العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض فإذا كانت قيمته ألفا وقيمة الزيادة مائة والثمن ألف سقط عشر الثمن إن رده وأخذ تسعمائة وغير متولدة منه كالكسب وهي لا تمنع بحال بل يفسخ العقد في الأصل دون الزيادة ويسلم له الكسب الذي هو الزيادة وهو قول أحمد والشافعي وأحمد وفيه الحديث الذي ذكرناه أول الباب الذي فيه قول البائع إنه استغل غلامي فقال صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وجعل الشافعي وأحمد حكم المنفصلة المتولدة في حكم الكسب لإمكان الفسخ على الأصل بدونها والزيادة للمشتري ونحن نفرق بين الكسب الذي تولد من المنافع وهي غير الأعيان إذا كانت منافع الحر لا سيما أن الحر ليس بمال والعبد المكسوب للمكاتبة ليس مكاتبا والولد تولد من نفس المبيع فيكون له حكمه فلا يجوز أن يسلم له مجانا لما فيه من شبهة الربا ولو هلكت الزيادة بآفة سماوية ثبت له الرد لأنها لم تكن وبه قال الشافعي قبل الحكم بالأرش وإنما قيد المصنف بقوله أحمر ليكون زيادة بالاتفاق فإن السواد عنده نقص كما تقدم فهو كالقطع وانتقاص المبيع في يد المشتري يمنع الرد بأي سبب كان بالاتفاق **قوله** ومن اشترى عبدا فأعتقه المشتري أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان أما الموت فلأن الملك ينتهي به والشيء بانتهائه يتقرر فكأن الملك قائم والرد متعذر وقد اطلع على عيب وذلك موجب للرجوع إذ امتناع الرد إنما يكون مانعا إذا كان عن فعل المشتري أما إذا ثبت حكما لشيء فلا وهنا ثبت حكما للموت فلا يمنع الرجوع بالنقصان واستشكل عليه إذا صبغ الثوب أحمر وأخواته فإنه يرجع بالنقصان مع الامتناع بفعله وأجيب بأن امتناع الرد في ذلك إنما هو بسبب الزيادة التي حصلت في المبيع حقا للشرع للزوم شبهة الربا فكان ينبغي للمصنف أن يزيد فيقول لا بفعله الذي لا يوجب زيادة وأما العتق فالقياس فيه أن لا يرجع لأن الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع وهو قول الشافعي وأحمد لأن العتق إنهاء للملك لأن الآدمي ما خلق في الأصل للملك وإنما ثبت الملك فيه عن سببه موقتا إلى الإعتاق فثبت أنه إنهاء فصار كالموت وهذا وهو الرجوع بالموت وما في معناه بسبب أنه إنهاء لأن الشيء بانتهائه يتقرر إلى آخر ما قررناه وقوله والتدبير والاستيلاد بمنزلته أي بمنزلة الإعتاق وإن لم يزيلا الملك كما يزيله الإعتاق لأنه يتعذر معهما النقل من ملك إلى ملك وبذلك يتعذر الرد وقوله مع بقاء المحل احتراز عن الموت والإعتاق وقوله بالأمر الحكمي أي حكم الشرع لا بفعل المشتري كالقتل **قوله** فإن أعتقه على مال ثم اطلع على عيب لم يرجع بشيء وكذا لو كاتبه لأن المشتري حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن أبي حنيفة أنه أي العتق على مال يرجع بالنقصان وهو قول أبي يوسف وبه قال الشافعي وأحمد لأن العتق سواء كان بمال أو بلا مال هو إنهاء للملك أعني الرق ولهذا يثبت به الولاء في الوجهين وإذا كان إنهاء كان كالموت وكونه بمال أو بغيره طرد والوجه ما تقدم من كونه حابسا له بحبس بدله **قوله** فإن قتل المشتري العبد أي لم يمت عنده حتف أنفه أو كان المبيع طعاما فأكله لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة أما القتل فالمذكور من عدم الرجوع فيه ظاهر الرواية عن أصحابنا وعن أبي يوسف أنه يرجع وذكر صاحب الينابيع أن محمدا معه وهو قول الشافعي وأحمد لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي من قصاص ودية فكان كالموت حتف أنفه وإنما يتعلق به حكم الآخرة من استحقاق العقاب إذا كان

فإن اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة رح لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعندهما انه يرجع بنقصان
العيب في الكل وعنهما انه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض قال ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا فكسره فوجده فاسدا
فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب وان كان ينتفع به مع
فساده لم يرده لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي رح يرده لان الكسر بتسليطه قلنا التسليط
على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما اذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل فاسد
والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد

بغير حق ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا قال صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج اي مهدر وانما سقط الضمان عن المولى بسبب الملك فلذا لو باشره
في غير ملكه كان مضمونا ولما سقط الضمان عن المولى صار كالمستفيد بالعبد عوضا هو سلامة نفسه ان كان عمدا وسلامة الدية للمولى ان كان خطأ فكان كأنه باعه بخلاف الاعتاق
لانه ليس بفعل مضمون لا محالة لانه في ملك الغير لا ينفذ وعتق احد الشريكين ان نفذ لا يتعلق به ضمان اذا كان معسرا بل اذا كان موسرا على تقدير فلم يوجب هذا فلم يستفد
اي لم يلزم استفادته بالاعتاق عن ملكه شيئا حقيقة ولا حكما واما الاكل فعندهما يرجع به وبه قال الشافعي واحمد رح وفي الخلاصة عليه الفتوى وباختيار الطحاوي وعنده
لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق ثم اطلع على عيب عنده لا يرجع وعندهما يرجع لهما انه صنع بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه
من الاكل واللبس حتى انتهى الملك به فكان كالاعتاق بخلاف القتل والاحراق ونحوه من الاستهلاك ليس معتادا واعراضا عن الشراء المقصود به وله انه تعذر الرد
بفعل مضمون منه لو وجد في غير ملكه غير انه سقط اي انتفى الضمان لملكه فكان كالمستفيد به عوضا كالقتل فلا يرجع ولا معتبر بكونه مقصودا بالشراء لانه وصف
طردي لا اثر له في اثبات الرجوع الا ترى ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع وجعل المص قول ابي حنيفة رح استحسانا مع تاخيره وجوابه عن دليلهما يفيد
مخالفته في كون الفتوى على قولهما واورد عليه القطع والخياطة فانهما موجبان للضمان في ملك الغير مع انه يرجع بالنقصان فيهما اجيب بان امتناع الرد فيهما لحق
الشرع لا لفعله ولا كذلك ههنا فانه امتنع لفعله لا لحق الشرع وهذا يتم في الخياطة للزيادة اما في مجرد القطع فلا يتم ولذا لو قبله البائع مقطوعا كان له
ذلك بخلافه مخيطا او مصبوغا بغير السواد قوله ولو اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عنده يعني لا يرد ما بقي ولا يرجع بالنقصان فيما
اكل لان الطعام كشيء واحد حتى كان رؤية بعضه كرؤية كله يسقط الخيار فصار كما لو باع بعضه ثم اطلع على عيب فانه يبطل حقه في الرجوع في غير
قول زفر فانه قال يرجع بنقصان العيب في الباقي الا ان يرضى البائع ان ياخذ الباقي بحصته من الثمن وعنهما روايتان رواية انه يرجع بنقصان
العيب في الكل فلا يرد الباقي ورواية يرد ما بقي لان الطعام لا يضره التبعيض فكان قادرا على الرد كما اخذه ويرجع بالنقصان فيما اكل هكذا ذكره المص
وهو نقل القدوري في كتاب التقريب وفي شرح الطحاوي ان الاول قول ابي يوسف رح قال يرجع بالنقصان في الكل الا ان يرضى البائع ان
ياخذ الباقي بحصته من الثمن والثاني قول محمد قال وكان الفقيه ابو جعفر يفتي بقول محمد رح وهو اختيار الفقيه ابي الليث وفي شرح المجمع قال ابو يوسف يرد
ما بقي ان رضي البائع لان استحقاق الرد في الكل دون البعض يتوقف على رضاه وقال محمد يرد ما بقي وان لم يرض لما ذكرنا ان التبعيض لا يضره وفيما لو
باع البعض عنهما روايتان في رواية لا يرجع بشيء كما هو قول ابي حنيفة رح لان الطعام كشيء واحد فبيع البعض كبيع الكل وفي رواية يرد ما بقي لانه لا يضره
التبعيض ولكن لا يرجع بالنقصان فيما باع وفي المجتبى عن شيخ البخاري اكل بعضه يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقي وبه يفتى ولو اطعمه ابنه الصغير او الكبير او امرأته او
مكاتبه او ضيفه لا يرجع بشيء ولو اطعمه عبده او مدبره او ام ولده يرجع لان ملكه باق ولو اشترى دقيقا فخبز بعضه فظهر انه مر رد ما بقي ورجع بنقصان ما خبز هو
المختار ولو كان سمنا ذائبا فاكله ثم اقر البائع انه كان وقعت فيه فارة رجع بالنقصان عندهما وبه يفتى وفي الكفاية كل تصرف يسقط خيار الشرط يسقط
خيار العيب اذا وجده في ملكه بعد العلم بالعيب ولا رد ولا ارش لانه كالرضا به قوله ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا او قرعا او فاكهة فكسره
غير عالم بالعيب فوجده فاسدا فان لم ينتفع به كالقرع المر والبيض المذر رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا بخلاف ما لو كسره عالما بالعيب
لا يرده ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره بان كان في موضع يعز الحطب وهو مما يشترى للوقود على ما قيل من انه اذا كان كذلك يرجع بحصة اللب
ويصح العقد في قشره بحصته من الثمن لان العقد فيه صادف محله لان مالية الجوز قبل الكسر ليس الا باعتبار اللب واذا كان اللب لا يصلح له

قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي باقرار او بينة او باباء يمين له ان يرده على بائعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة

لم يكن محل البيع موجودا فيظهر ان العقد وقع باطلا واختاره المص واشار اليه الامام السرخسي وان كان ينتفع به مع فساده بان ياكله الفقراء او يصلح للعلف فيرجع بحصة العيب لان الكسر عيب حادث عند المشتري فيمتنع الرد فيرجع بالنقصان الا ان يتناول شيئا منه بعد العلم فلا يرجع بشيء لذا قال الحلواني هذا اذا ذاقه فوجده كذلك فتركه فان تناول شيئا منه بعد ما ذاقه لا يرجع بشيء واما اذا اشترى بيض نعامة فوجدها مذرة ذكر بعض المشايخ في شرح الجامع انه يرجع بنقصان العيب وهذا يجب ان يكون بلا خلاف لان مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعا وقول المص وقال الشافعي يرده يعني اذا وجده بعد الكسر بحيث ينتفع به اطلقه وفي شرح الاقطع قيده بما اذا كان الكسر مقدارا لا يعلم العيب الا به فله الرد في الصحيح من قوليه انتهى وليس هذا التفصيل عندنا ولا في قول اخر للشافعي ثم وجه قول الشافعي على ما في الكتاب ان هذا الكسر بتسليط البائع فكانه كسره بنفسه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما اذا كان المبيع ثوبا فقطعه المشتري ثم اطلع على عيب فانه لا يرده مع انه سلطه على قطعه بالبيع فعرف بالاجماع على انه لا يرده في مسئلة القطع ان تسليطه هذا هدر وان التسليط المعتبر هو ما لو سلطه ان يكسره وهو في ملكه اي ملك البائع بان امره بكسره فذاك هو التسليط المانع من الضمان على الكاسر واما البيع فتسليط للمشتري على ان يكسره في ملك نفسه ولا اثر لهذا في نفي ولا اثبات ولو وجد البعض فاسدا فان كان قليلا جاز البيع استحسانا لان كثيرا من الجوز والبيض لا يخلو عن قليل فاسد فكان كقليل التراب في الحنطة والشعير فلا يرجع بشيء اصلا وفي القياس يفسد وهو ظاهر وان كان كثيرا لا يجوز البيع ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد في صفقة واحدة ولا نص في المسئلة ولكن فيه ضرورة ظاهرة وقال المص في القليل انه كالواحد والمثنى وفي النهاية اراد بالكثير ما وراء الثلاثة لا ما زاد على النصف وجعل الفقيه ابو الليث الخمسة والستة في المائة من الجوز معفوا فان لا يشك في ذلك قد يوجد في الجوز فصار كالمشاهد يعني عند البيع ولو اشترى عشر جوزات فوجد خمسة خاوية اختلفوا فيه قيل يجوز العقد في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن بالاجماع وقيل يفسد في الكل بالاجماع لان الثمن لم يفصل وقيل العقد فاسد في الكل عند ابي حنيفة رح لانه يصير كالجمع بين الحي والميت في البيع وعندهما يصح في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن وهو الاصح لان هذا بمعنى الثمن المفصل عندهما فان الثمن ينقسم على الاجزاء لا على القيمة قوله ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبله بقضاء القاضي بسبب اقراره بان العيب انه كان عنده ووجد عند المشتري منه وهو المشتري الاخر ببينة على ذلك لانكاره العيب او بسبب نكوله عن اليمين على العيب فله ان يرده على بائعه الاول يعني له ان يخاصم الاول ويفعل ما يجب معه الى ان يرده عليه وقيده في المبسوط بما اذا ادعى المشتري الثاني العيب عند البائع الاول اما اذا اقام البينة ان العيب كان عند المشتري الاول لم يذكره في الجامع وانما ذكره في اقرار الاصل فقال ليس للمشتري الاول ان يخاصم مع بائعه بالاجماع لان المشتري الاول لم يصر مكذبا فيما اقر به ولم يوجد هنا قضاء على خلاف ما اقر به فبقي اقراره بكون الجارية سليمة فلا يثبت له ولاية الرد هذا وانما يرده على هذا التقدير لان الرد بهذا الطريق فسخ من الاصل يعني من كل وجه فجعل البيع كان لم يكن وقد اطلع على عيب فله ان يخاصم فيه اذ لا مانع من ذلك الا احتمال ما يعارضه وهو ان القضاء بالبينة والنكول فرع انكاره العيب فمخاصمته البائع الاول فيه يكون متناقضا فلا تسمع خصومته ولذا قال زفر انه لا يرده عليه للتناقض المذكور وكذا بالاقرار فان معناه على ما فسره المص ان يدعي عليه انه اقر بالعيب فينكر الاقرار فيشهد عليه بالاقرار فان اقراره غير مقطوع به لجواز كذب الشهود ووهمهم ولهذا لو قال بعد الرد ليس به عيب لا يرده على البائع الاول بالاتفاق اجاب المص عنه بقوله لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء فانعدم انكاره العيب هذا بعد تسليم ان انكاره ظاهر في الصدق والا فيجوز كونه لدفع الخصومة فان كثيرا من الناس يفعله فصار ظاهرا يعارض ظاهر الديانة المقتضية لصدقه ثم لو كان ظاهرا في صدقه فقد ثبت كون هذا الظاهر غير واقع لتكذيب الشرع اياه بخلاف قوله لا عيب فيه بعد الرد لانه لا مكذب له وقد يقال

وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لان البيع هناك واحد والموجود ههنا بيعان فينفسخ الثاني لا ينفسخ الاول وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له ان يرده لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما والاول ثالثهما

تكذيب الشرع اياه باثبات العيب لا يرفع مناقضته وكونه مواخذا في حق نفسه بزعمه وهي الدافعة لخصومته للبائع الاول وقوله وهذا بخلاف الوكيل متصل بقوله له ان يرده لان المعنى له ان يخاصم فيرده بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد ما باعه بطريق الوكالة عليه بعيب بالقضاء ببينة او باباء يمين او باقرار المامور بالعيب بالبيع كذا لفظ الجامع حيث يكون ردا على الموكل من غير حاجة الى خصومة الرد عليه بالخصومة لان ذلك عند تعذر البيع حتى يكون البيع الاول قائما بعد انفساخ البيع الثاني فيحتاج الى الخصومة في الرد وههنا البيع واحد فاذا ارتفع رجع الى الموكل من غير تكلف زيادة وقيده فخر الاسلام بعيب لا يحدث مثله فقال له الرد بالبينة وباباء اليمين وبالاقرار في عيب لا يحدث مثله اما في عيب يحدث مثله يرده بالبينة وباباء اليمين ولا يرده لما مر مع الاقرار لان اقرار المامور لا يسمع على الآمر ومعنى اشتراطه البينة والنكول او الاقرار والفرض انه لا يحدث مثله انه اذا اشتبه على القاضي ان العيب قديم اولا وعلم انه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا ولم يثبت عنده تاريخ البيع فاحتاج المشتري الى اقامة البينة او غيرها من الحجج ان تاريخ البيع منذ شهر فيعلم القاضي ح ان العيب كان في يد البائع فيرده عليه اما اذا عاين القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر فلا يحتاج الى شيء من ذلك فيكون الرد على الوكيل ردا على الموكل بلا زيادة خصومة وقد اعترض قول محمد انه بنكول الوكيل يلزم الموكل فان النكول بدل عنده اقرار عندهما وبدل الانسان لا يثبت في حق غيره واقرار الوكيل بالعيب لم يلزم الآمر في عيب يحدث مثله اجيب بانه ليس حقيقته بل جار مجراه الا يرى انه لو ادعى بمال على عبد ماذون له بالتجارة فانكر ونكل عن اليمين يحكم عليه به مع ان بذله المال لا يجوز الا في حق نحو الضيافة اليسيرة وكذا عندهما لو نكل عن اليمين في كل حكم كان له ان يعود فيحلف ويسقط المال عن نفسه ولو كان اقرارا لم يملك الرجوع عنه والشيء اذا اجرى مجرى الشيء لا يلزم كونه مجراه من كل الوجوه وهل حكمه حكم صريح الاقرار عند ابي يوسف لا وعند محمد نعم وتظهر ثمرته فيما قال في الدعوى من رواية بشر بن الوليد عن ابي يوسف لو ادعى دارا في يد رجل فانكر فنكل فقضى القاضي للمدعي بها ثم اقام المدعى عليه البينة انه اشتراها من المدعي قال يسمع القاضي بينته ويرد الدار عليه ولو اقام انه اشتراها من رجل آخر لا تقبل وقال محمد في رواية ابن سماعة لا تقبل في الوجهين والنكول بمنزلة الاقرار وابو يوسف يقول ليس بصريح الاقرار فتقبل وفي الايضاح ان رد على الوكيل بغير قضاء يلزمه خاصة سواء كان في عيب يحدث مثله او لا يحدث مثله لان هذا الفسخ عقد جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما انتهى يعني الفسخ الذي بلا قضاء وقوله وان قبله يعني المشتري الاول بغير قضاء القاضي بل برضاه لا يرده على بائعه هذا هو الشق الثاني من ترديد المسئلة وحاصلها ان من اشترى عبدا او غيره فباعه فرد عليه بعيب بقضاء باحد الوجوه الثلاثة كان له ان يرده على البائع الاول خلافا لزفر وان قبله بالتراضي ليس له ان يرده عليه لان الرد بالتراضي بيع جديد في حق الثالث والبائع الاول ثالثهما كان المشتري الاول اشتراه من المشتري الثاني ولو اشتراه المشتري الاول من المشتري الثاني لم يكن له ان يرده على الاول فلا خصومة فكذا هذا وبهذا لو كان على المشتري الاول في الدار شفعة فاسقط الشفيع حقه فيما باعه ثم رد بعيب في التراضي تجدد للشفيع حق الشفعة فان المشتري الاول اشترى ثانيا ما باع فلا يكون له حق الخصومة في الرد ولا في الرجوع بالنقصان وقال الشافعي يرده اذا قبله بلا قضاء لان الرد بالعيب عنده يرفع العقد من اصله نص عليه الشافعي فلم يتفاوت الرد بالرضا والقضاء ونحن بينا الفرق بانه بالقضاء فسخ وبالرضا بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما فان قيل لما باشر سبب الفسخ وهو النكول او الاقرار بالعيب يكون راضيا بحكم السبب فلا فرق بين القضاء والرضا في وجوب كونه بيعا في حق ثالث اجيب بان المسئلة فيما اقر بالعيب وابى القبول فرد عليه القاضي جبرا فلا يتحقق فيه معنى البيع لعدم الرضا وقد قدمنا ان معنى الاقرار الشهادة

وفي الجامع الصغير وان رد عليه باقراره بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وبهذا يتبين ان الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول

عليه به ولانه اذا قبله بغير قضاء فقد رضي بالعيب فلا يرده على بائعه فاذا استشكل على هذا الاصل وهو انه فسخ من الاصل مسائل احدها المبيع لو كان عقارا لا يبطل حق الشفيع في الشفعة ولو كان الرد بالعيب بالبينة فسخا من الاصل بطل حق الشفيع لبطلان البيع من الاصل والثانية ما اذا باع امته الحبلى وسلمها فردت بعيب بقضاء ثم ولدت ولدا فادعاه ابو البائع لا تصح دعوته ولو كان الرد بقضاء فسخا من الاصل صحت كما لو لم يبعها الابن فادعاه الاب والثالثة ما اذا احال غريمه بالثمن على المشتري ثم رد المشتري بعيب بقضاء لا تبطل الحوالة ولو كان فسخا من الاصل بطلت اجيب ببيان المراد وهو ان محمدا ذكر في مواضع ان بالرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب الى قديم ملك الواهب فيما يستقبل لا فيما مضى الا ترى ان من وهب مال الزكوة لرجل قبل الحول وسلمه اليه ثم رجع في هبته بعد الحول فانه لا يجب على الواهب زكوة باعتبار ما مضى ولا يجعل الموهوب عائدا الى قديم ملك الواهب في حق زكوة ما مضى من الحول وكذا الرجل اذا وهب دارا لآخر وسلمها اليه ثم بيعت دار بجنبها ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب ان ياخذها بالشفعة ولو عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب وجعل كان الدار لم تزل عن ملك الواهب كان له الاخذ بالشفعة واذا عرف هذا الاصل خرجت المسائل المذكورة عليه اما الشفعة فلان حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وكذا المسئلة الثانية لان الاب انما تصح دعوته باعتبار ولاية كانت له زمان العلوق وهو معنى سابق على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها بل يبقى ما كان من عدم ولاية هذه الدعوة وكذا المسئلة الثالثة لان الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد في ابطالها ولان صحتها لا تستدعي عندنا دينا على المحال عليه ولهذا قال شيخ الاسلام قول القائل الرد بقضاء فسخ وجعل العقد كان لم يكن متناقض لان العقد اذا جعل كان لم يكن جعل الفسخ كان لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل واذا انعدم الفسخ من الاصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه ولكن يقال العقد كان لم يكن على التفسير الذي قلنا وفي بعض المواضع قيده بعضهم بما اذا كان المبيع من غير النقود واما منها فلا وذلك لمسئلة نقلها من المحيط في المنتقى ان من اشترى دينارا بدراهم ثم باع الدينار من آخر بدراهم ثم وجد المشتري الآخر بالدينار عيبا ورده على المشتري بغير قضاء فانه يرده على بائعه وذلك للمعنى وهو ان المبيعين حينئذ يكونان معدومين لان المعيب ليس بمبيع بل المبيع السليم فيكون المعيب ملك البائع فاذا رد على المشتري يرده بخلاف المبيعين في غير النقود وكمسئلة الهداية فانهما موجودان في ذلك فاذا قبله بدون القضاء فقد رضي بالعيب فلا يرده على بائعه وهو اولى لما فيهما من اطلاق المذكور بالنسبة الى موضع المسئلة غير محتاج الى هذا القيد وقوله وفي الجامع الصغير الخ انما ذكره لان ظاهره بخلاف القدوري فانه لم يقيد المسئلة فيه بكون العيب لا يحدث مثله وقيده في الجامع حيث قال وان رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم فقال انما قيده به ليعلم انه كذلك فيما يحدث مثله بطريق اولى لانه لما لم يكن من الرد فيما لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة والناقصة والسن الشاغية فامتناعه فيما يحدث مثله كالمرض والسعال والقروح مع احتمال انه حدث عند المشتري اولى قال المصنف وفي بعض روايات البيوع اي بيوع الاصل ان كان فيما يحدث مثله يرجع يعني على البائع الاول اذا رد بالتراضي للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول وقد فعلا بغير قضاء ما لو رفع الى قاض فعله لان الرد متعين في هذا فكان فعلهما كفعل القاضي والمراد لا يحدث مثله مطلقا او في مدة كونه في ملك المشتري الاول الى رد المشتري الثاني قيل ووجه عامة الروايات ان هذا رد ثبت بالتراضي فكان كالبيع الجديد ولا نسلم انهما فعلا عين ما يفعله القاضي لان الحكم الاصلي في هذا هو المطالبة بالسلامة وانما يصار الى رد العجز فاذا نقلاه الى الرد لم يتسع في حق غيرهما الا ترى ان الرد اذا امتنع وجب الرجوع بحصة العيب وفيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل التحول الى غيره

قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشترى البينة لانه انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن اولا ليتعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضى به صونا لقضائه فان قال المشترى شهودى بالشام استحلف البائع ودفع الثمن يعنى اذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود لان فى الانتظار ضررا بالبائع وليس فى الدفع كثير ضرر به لانه على حجته اما اذا نكل الزم العيب لانه حجة فيه

فافتراقهما كله فيما اذا كان الرد بالعيب من المشترى الثانى بعد قبضه اما اذا كان قبل قبضه فللمشترى الاول ان يرده على البائع الاول سواء كان بقضاء او بغير قضاء كما لو باع المشترى الاول للمشترى الثانى بشرط الخيار له او بيعا فيه خيار رؤية فانه اذا فسخ المشترى الثانى بحكم الخيار كان للمشترى الاول ان يرده مطلقا وعلمت ان الفسخ بالخيارين لا يتوقف على قضاء قال فى الايضاح الفقه فيه ان قبل القبض له الامتناع من القبض عند الاطلاع على العيب فكان هذا تصرف دفع وامتناع من القبض وولاية الدفع عامة فظهر اثره فى حق الكل ولهذا لا يتوقف على القضاء فاما بعد القبض فموجب العقد قد تناهى الآن حقه فى صفة السلامة قائم فاذا لم يسلم له ثبت له حق الفسخ مجازا من هذا ان حق الفسخ بالعيب ما ثبت اصلا لان الصفقة تمت بالقبض بل لغيره وهو استدراك حقه فى صفة السلامة وانما ظهر اثره فى حق الكل لانه لم يثبت بولاية عامة ولو كان بالتراضى ظهر اثره فى حقهما خاصة بخلاف الرد بخيار الرؤية والشرط لانه فسخ فى حق الكل لان حقه فى الفسخ ثبت اصلا لانهما يسلبان اللزوم فى اصل العقد فكان بالفسخ مستوفيا حقا له وولاية استيفاء الحق تثبت على سبيل العموم ولذا لا يتوقف على القضاء (قوله ومن اشترى عبدا وقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشترى بينة على البائع ان العيب كان عنده وعنده ويقتضى هذا التركيب انه اذا اقام هذا البينة يجبر على دفع الثمن وهو فاسد فقدر ظهير الدين للثانى جبرا هكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم البينة فيستمر عدم الجبر انتهى ولا بد من تقرير آخر مع يحلف لان معناه ليس معنى يحلف البائع بل معناه يقتضى الحلف وليس يلزم من الطلب الحلف منه الجبر على دفع الثمن بل اذا حلف وهو غير لازم لجواز ان ينكل فيستمر عدم الجبر فعلم الجبر يثبت مع احدى صورتى التحليف كما يثبت مع اقامة البينة وقيل يقدر فعل عام يدخل تحته الغايتان اعنى الحلف واقامة البينة هكذا لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم به او بعدمه بان يحلف فيحلف او يقيم البينة ومنهم من اول لا يجبر ينتظر بدفع الثمن وانما قلنا انه لا يجبر على دفع الثمن اذا طالبه البائع به فادعى هو عيبا لانه انكر وجوب الثمن بدعوى العيب فانه به انكر تعين حقه لان حقه فى السليم فلم يقبضه فما قبضه ليس موجبا دفع الثمن عليه ووجوب دفع الثمن اولا ليتعين حق البائع بازاء تعين حق المشترى فى المبيع ولم يتعين لانه السليم وقد انكره واورد عليه ان الموجب للجبر قائم والمانع هو قياس العيب موهوم فلا يعارض المتحقق والجواب المنع قيام الموجب لانه البيع للسليم او هو مع قبضه وهو ينكره فهو محل النزاع وايضا فقد يثبت ما ادعاه فيؤدى الى نقض القضاء بدفع الثمن وصيانة القضاء عن النقض ينبغى ما امكن فلو ان المشترى قال شهودى بالشام مثلا فامهلنى حتى احضرهم او آتيك بكتاب حكمى من قاضى الشام لا يسمع ذلك بل يستحلف البائع ويقضى بدفع الثمن ان حلف وان نكل رد المبيع وانما قلنا هذا لان فى الانتظار بالبائع كثير اضرار لان التأخير الى غاية غير معلومة تجرى مجرى الابطال خصوصا بعد قبض مال البائع على وجه المعاوضة وليس فى الدفع كثير اضرار بالمشترى لانه على حجته اذ له ان يقيم البينة بعد حلفه على البائع ويرد المبيع ويسترد الثمن بخلاف ما لو قال شهودى حضور فان الامهال هنا الى المجلس الثانى ولا ضرر فى هذا القدر على البائع فيمهل ولو قال احضرها الى ثلاثة ايام اجلها وليس هنا ما ينفذ فيه القضاء ظاهرا وباطنا عند ابى حنيفة لان ذلك فى العقود والفسوخ ولم يتذاكر العقد بل حقيقة الدعوى دعوى مال على تقدير فالقضاء انما بدفع الثمن الى غاية حضور الشهود بالمستقط منه احتجنا فى قبول البينة بعد الحلف والاختلاف فيه فى مسئلة اخرى اذا قال لا بينة لى غائبة او قال ليس لى بينة حاضرة ثم اتى ببينة تقبل

قال ومن اشترى عبدا فادعى اباقا لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده والمراد التحليف على انه لم يابق عنده لان القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفته بالحجة فاذا اقامها حلف بالله تعالى لقد باعه وسلمه اليه وما ابق عنده قط كذا قال في الكتاب وان شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع

واما اذا قال لا بينة لي فحلف خصمه ثم اتى ببينة في ادب القاضي تقبل في قول ابي حنيفة وعند محمد لا تقبل ولا يحفظ في هذا رواية عن ابي يوسف وفي الخلاصة من رواية الحسن عن ابي حنيفة لا تقبل وفي جمع النسفي في قبول البينة عن اصحابنا روايتان نعم تحليف البائع في مسئلة الكتاب يخالف ما في روضة القضاة اذا قال بينتي غائبة لم يحلف عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يحلف وكذا لو قال لي بينة حاضرة في المصر فاحلفه ثم اتي بها لا يحلف في قوله خلافا لابي يوسف وقوله اما اذا نكل لزم العيب لانه يعني النكول حجة فيه اي في ثبوت العيب قيد به لان النكول ليس حجة في كل شئ اذ ليس حجة في الحدود والقصاص بالاجماع ولا في الاشياء الستة عند ابي حنيفة رح قوله ومن اشترى عبدا فادعى المشتري اباقا عنده وعند البائع فاراد تحليف البائع على عدم الاباق عنده لا يحلف حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده اي عند المشتري لانه حينئذ يثبت العيب فتصح الخصومة فيه وانما لزم ذلك لان القول وان كان قوله اي قول البائع لكن لا يعتبر انكاره ولا يتوجه اليمين عليه الا بعد ثبوت قيام المدعى سببا للرد ومعرفته اي معرفة قيام العيب بالحجة عند انكاره وهذا في دعوى نحو الاباق مما يتوقف الرد فيه على وجود العيب عندهما اما في عيب لا يتوقف رد على عوده عند المشتري كولادة الجارية وكذا الجنون على خلاف المختار خلافا وعرف ان معنى المسئلة ان يدعي اباقا فينكر قيامه في الحال فيحتاج الى اثباته اما لو اعترف البائع به فانه يسأل عن وجوده عنده فان اعترف رده عليه بالتماس المشتري وان انكر طولب المشتري بالبينة على ان الاباق وجد عند البائع فان اقامها رده والا حلف بالله عز وجل لقد باعه وسلمه وما ابق عنده قط قال المص كذا قاله في الكتاب اي الجامع فان عبارته هكذا فاذا اقام على ذلك البينة استحلف البائع بالله لقد باعه وقبضه وما ابق قط قالوا وان شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي به او بالله ما ابق عندك قط كل من هذه العبارات حسنة بقيت عبارتان محتملتان هما ان يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب او لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب قالوا لا يحلف كذلك لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد فاذا فرض حدوث العيب كذلك فحلف لقد بعته وما به هذا العيب كان بارا في يمينه واما بعته وسلمته وما به هذا العيب فكذلك لان هذه العبارة صادقة اذا كان حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم فقد يكون حدوث العيب كذلك فيتأوله البائع في يمينه اي يقصد تعلق عدم العيب بالشرطين جميعا وهما البيع والتسليم على ظن ان صدقه لغة على تقدير قصده اليه يوجب بره شرعا وليس كذلك فان تأوله كذلك لا يخلصه عند الله تعالى من ذلك اليمين بل هي يمين غموس وفي الاختصار مع الوفاء بالمقصود ان يحلف بالله ما ابق عندي قط ولو لم يجد المشتري بينة على وجود العيب عنده واراد تحليف البائع ما يعلم انه ابق عند المشتري يحلف على قولهما واختلف المشائخ في قول ابي حنيفة بل يحلف وتحقق الخصومة او يتحقق العجز عن الخصومة فعن القاضي ابي الهيثم ان الخلاف مذكور في النوادر عنده لا يحلف وعندهما يحلف وفي شرح الجامع الكبير للشيخ ابي المعين النسفي قال بعض مشائخنا منهم شيخ الامام ابو بكر محمد بن حامد لا خلاف في هذه المسئلة وتخصيص قولهما بالذكر لا يدل على ان قول ابي حنيفة بخلاف قولهما وانما يحلف على العلم لانه حلف على فعل الغير بخلاف حلفه على انه ما كان عنده فقيل لانه وان كان على فعل الغير لكن انما يحلف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا لم يكن الحالف مدعيا العلم به اما اذا كان مدعيا فلا الا ترى ان المودع اذا ادعى قبض المودع لهما يكون القول له ويحلف على البتات مع انه فعل الغير وقيل ليس هما حصله فعل الغير بل فعل نفسه وهو تسليمه سليما وهو قول الامام السرخسي وفي الاول وجه فان معنى تسليمه سليما ليس المراد منه السلامة في حال التسليم بل بمعنى سلمته والحال انه لم يفعل السرقة عندي فيرجع الى الحلف على فعل الغير واورد على الاول مسلمان احدهما لو باع رجلان عبدا من اخر صفقة واحدة ثم مات احدهما فورثه البائع الاخر ثم ادعى المشتري عيبا فانه يحلف في نصيبه بالجزم وفي نصيب مورثه بالعلم

(ولو شهد للمشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع بالله ما يعلم انه ابق عنده يحلف على قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة رحمه الله له ان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف ولهما على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه قال رضي الله عنه اذا كان الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ

شرح مجمع انه يدعي العلم باتفاق العيب الثانية اذا باع المتفاوضان عبدا وغاب احدهما فادعى المشتري عيبا يحلف الحاضر على الجزم في نصيب نفسه وعلى العلم في نصيب الغائب مع ادعائه علما بذلك كما قلنا انتهى والوجه عندي ان يستشكل ما نحن فيه على هاتين المسئلتين لا عكسه لان تحليفه في نصفه على العلم وفي نصفه الاخر على البتات وهو واحد اعني العيب في ذات واحدة هو المشكل فالوجه ما ذكرنا والمسئلتان مشكلتان لانه ان علم بالعيب كان علمه بالنسبة الى النصفين وجهله كان ايضا كذلك الا ان يكون معنى المسئلة ان العبد كان عند كل من الشريكين مدة فيحلف هذا الوارث على البتات ما ابق عندي وعلى العلم ما اعلم انه ابق عند شريكي فليكن محلها ذلك وعلى هذا فلو لم تكن اقامة العبد الا عند هذا الشريك لا يحلف الا على البتات ويكتفي بذلك لا ان هذا غير معلوم فيحلف كما ذكروا ولو لم تكن اقامته الا عند الذي مات لا يحلف الا على البتات لان العقد اقتضى وصف السلامة واعلم انا ما تطارحنا انه لم يابق عند البائع وابق عند المشتري وكان ابق عند اخر قبل هذا البائع ولا علم للبائع بذلك فادعى المشتري ذلك واثبته يرده لانه معيب العقد ووجب على هذا البائع التسليم ولو لم يقدر على اثباته له ان يحلفه على العلم وكذا في كل عيب يرد ثم ذكر وجه قوله على تقدير الخلاف وهو ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب واذا نكل البائع عن اليمين على وجود العيب عند المشتري يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه لانه بنكوله انزل مقرا بوجود العيب عند المشتري فتوجه الخصومة فيه فيحلف على انه ما وجد عنده الى اخر ما ذكرنا وقوله الحلف يترتب على دعوى صحيحة قيل لا يفيد ان البينة لا يلزم ترتبها عليها بل تكون بلا دعوى اصلا في الحدود وكذا على انه وكيل او وارث ولا دعوى اصلا ففي دعوى غير صحيحة اولى وفي الكافي الاصح انه لا يحلف لان التحليف شرع لدفع الخصومة لا لاثباتها وهذا لو حلف البائع يحدث بينهما خصومة اخرى ولا يخفى ضعف هذا الكلام فان توجه اليمين هو من الخصومة فيها انتهى خصومة لا تندفع وكثيرا ما يترتب خصومات بعضها على البعض يكون منتهى بعضها مبدأ اخرى واما قوله في الوجه الحلف انما يترتب على دعوى صحيحة فنقول ان كان المراد بالصحيحة ما يستحق بها الجواب فهذه كذلك لانه اذا ادعى انه وجد عنده عيب في المبيع وقد وجد عند البائع فلا شك ان القاضي يطلب جوابه عن ذلك الا ترى الى قولهم فان اعترف ان الامر كذلك فعليه وان انكر وجوده عنده [illegible] عند المشتري فعلى المشتري البينة فان عجز عنها حلف الى اخره او اعترف بوجوده عنده وانكر وجوده عند المشتري وكل ذلك نوع الزامه بالجواب باحد هذه غير انهم لا يوجبون عليه اليمين على عدمه عنده حتى يثبت المقدمة الاولى وهو وجوده لان تحليفه على ذلك لا يفيد مقصود المشتري من الرد ان لم يثبت وجوده عنده فلا يترتب عليه فائدة الا بعده فوجب تقديمه وكذا لو كان العيب مما يكفي للرد وجوده عند البائع فقط كولادة الجارية وكونها ولد زنا حلف عليه ابتداء غير متوقف على غير ذلك وبهذا ظهر ان لا فرق بين دعوى العيب ودعوى الدين في ان كلا منهما يستدعي جوابا بما يليق بالحال وان تكلف الفرق مع ضعفه بناه على ان الخصومة هناك تتجه قبل اثبات الدين وهنا لا تتجه الا بعد اثبات العيب غلط وانما هذه خصومة الغرض منها رد المبيع وتلك خصومة الغرض منها الدين وكل منهما يستدعي الجواب فكما ان له ان يجيب هنا بانكار العيب عنده راسا كذلك له ان يجيب بانكار الدين راسا بمعنى انه لم يثبت قط ثم كما ان عليه ان يثبت دخول العيب في الوجود بالبينة او النكول كذلك عليه ان يثبت دخول الدين في الوجود كذلك واذا ثبت دخوله في الوجود طالبه برده اليه فكذلك في العيب يطالبه برد الثمن ورد هاي المبيع فاذا تاملت لا فرق والله اعلم فالوجه ما قالا من الزام اليمين على العلم ونفي الخلاف كما ذكر البعض لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه المال فعليه

قال ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في
مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا

اليمين لرجاء النكول وكونه بمجرد اليمين لا يثبت المال الا بعد يمين اخرى على وجوده عند البائع لا يضر لانه اذا توقف ثبوت الحق على امرين لم يكن
بد من اثبات كل منهما ثم قال المصنف قال العبد الضعيف يعني نفسه اذا كانت الدعوى في اباق العبد الكبير يحلف البائع ما ابق عندي مذ بلغ
مبلغ الرجال لانه عساه ابق عنده في الصغر فقط ثم بلغ عند المشتري بعد البلوغ وذلك لا يوجب الرد لاختلاف السبب على ما تقدم فلو ارتضاه الحلف
ما ابق عنده قط اضررنا به والارتضاء ما لا يلزمه ولو لم يحلف اصلا اضررنا بالمشتري فيحلف كما ذكرنا وكذا في كل عيب يدعى ويختلف فيه الحال فيما بعد البلوغ
وقبله بخلاف ما لا يختلف كالجنون وقد ظهر مما ذكرنا كيفية ترتيب الخصومة في عيب الاباق ونحوه وهو كل عيب لا يعرف الا بالتجربة والاختبار كالسرقة
والبول في الفراش والجنون والزنا وبقي اصناف اخرى كذا ذكرها قاضي خان هي مع ما ذكرنا تتمة اربعة انواع الاول ان يكون عيبا ظاهرا لا يحدث
مثله اصلا او من وقت البيع الى وقت الخصومة كالاصبع الزائدة والعمى والناقصة والسن الشاغية اي الزائدة فالقاضي فيها يقضي بالرد اذا
طلب المشتري من غير تحليف للتيقن به في يد البائع والمشتري الا ان يدعي البائع رضاه به او العلم به عند الشراء او الابراء منه فاذا ادعاه سأل
المشتري فان اعترف امتنع الرد وان انكر اقام البينة عليه فان عجز يستحلف ما علم به وقت البيع او ما رضي به ونحوه فانه حلف رده وان نكل
امتنع الرد والثاني ان يدعي عيبا باطنا لا يعرفه الا الاطباء كوجع الكبد والطحال فان اعترف به عند جاز رده وكذا اذا انكره فاقام المشتري البينة
او حلف البائع فنكل الا ان ادعى الرضا فيعمل ما ذكرنا وان انكره عند المشتري يريه طبيبين مسلمين عدلين والواحد يكفي والاثنان احوط فاذا قال
ذلك يخاصمه في انه كان عنده الثالث ان يكون عيبا لا يطلع عليه الا النساء كدعوى الرتق والقرن والعفل والثيابة وقد اشترى بشرط
البكارة فعلى هذا لانه اذا انكر قيامه في الحال اريت النساء والمرأة العدل كافية فاذا قالت ثيبا او قرناء ردت عليه بقولها عندهما كما تقدم و
اذا انضم اليه نكوله عند تحليفه غير ان القرن ونحوه ان كان مما لا يحدث يرد عند قول المرأتين هي قرناء بلا خصومة في ان ذلك كان عند البائع للتيقن
بذلك كما في الاصبع الزائدة الا ان يدعي رضا فعلى ما ذكرنا وفي شرح قاضي خان العيب اذا كان مشاهدا وهو مما لا يحدث يؤمر بالرد وان كان مما يحدث
واختلف في حدوثه فالبينة للمشتري لانه يثبت الخيار والقول للبائع لانه ينكر الخيار وهذا يعرف مما قدمناه ولو اشترى جارية وادعى انها خنثى
يحلف البائع لانه لا ينظر اليه الرجال ولا النساء ولو وجد به عيبا فقال له البائع تبيعه قال نعم يلزمه لانه عرض على البيع ولو قال بعه فان لم يشتر رده
علي فعرضه فلم يشتر سقط الرد ولو وجد البائع الثمن زيوفا فقال المشتري للبائع انفقه فان لم يرج رده علي فانفق فلم يرج رده استحسانا ولو كان
ثوبا فقال هو قصير فقال البائع اره الخياط فان قال يكفيك قطعه والا رده ففعل فاذا هو قصير فله الرد اشترى ليت كفنا ثم وجد به عيبا لا يرده ولا يرجع
بالارش حتى يحدث به عيب مانع من الرد وفي القنية لو وجد به عيبا فخاصم بائعه فيه ثم ترك الخصومة اياما ثم عاد اليها فقال له بائعه لم سكت عن
الخصومة هذه المدة فقال لانظر انه يزول او لا فله رده كذا في المجتبى قوله ومن اشترى جارية او غيرها من الاعيان وتقابضا فقبض البائع الثمن والمشتري
الجارية فوجد بها المشتري عيبا فجاء ليردها فاعترف البائع بما يوجب الرد الا انه قال بعتك هذه واخرى معها وانما يستحق على رد حصة هذه فقط لا كل
الثمن وقال المشتري بعتنيها وحدها فارد بجميع الثمن ولا بينة لاحد فالقول قول المشتري لان هذا اختلاف في مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض
امينا كان او ضمينا لانه ينكر زيادة يدعيها عليه البائع ولان البيع انفسخ في المردود بالرد وذلك مسقط للثمن عن المشتري والبائع يدعي لنفسه
بعض الثمن عليه بعد ما ظهر سبب السقوط والمشتري ينكر فالقول قوله وصار كالغصب اذا ادعى المغصوب منه انه غصبه هذا مع اخر او حدث

قال ومن اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض احدهما ووجد بالآخر عيبا فانه يأخذهما او يدعهما لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن ابي يوسف رحمه الله انه يرده خاصة والاصح انه يأخذهما او يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده خاصة خلافا لزفر رحمه الله هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الى الردي فاشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ولهذا لو استحق احدهما ليس له ان يرد الآخر **قال** ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه كله ومراده بعد القبض لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد الا ترى انه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد فان كان في وعائين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر

فيه زيادة في ثمن الغاصب فالقول قوله ولذا اذا اتفقا على مقدار المبيع بان اتفقا على ان المبيع جاريتان ثم قال البائع قبضتهما وانما تستحق حصته هذه وقال المشتري لم اقبض من المبيع سوى هذه يكون القول قول المشتري لما بينا من ان القول قول القابض **قوله** ومن اشترى عبدين وثوبين ونحوهما صفقة واحدة وقبض احدهما ووجد بالآخر الذي لم يقبض عيبا فانه بالخيار ان شاء اخذهما بجميع الثمن وان شاء ردهما وليس له ان يأخذ السليم ويرد المعيب بحصته من الثمن في هذه الصورة لان الصفقة انما تتم بقبضهما لانها انما تتم بقبض كل المبيع ولم يوجد فيكون رد احدهما وحده تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا اي كون رد احدهما بعد قبض احدهما فقط تفريقا للصفقة قبل تمامها بناء على ان تفريقها قبل القبض كتفريقها في نفس العقد فيما اذا قال بعتكهما بالف فقال قبلت في هذا بخمسمائة وانما كان كذلك لان القبض له شبه بالعقد لانه يثبت ملك التصرف كما يثبت العقد ملك الرقبة ولانه اعني القبض مؤكد لما اثبته العقد حتى ان الشهود بالطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لانه كان على شرف الزوال بتمكينها ابن الزوج مثلا ونحوه فالشهود بشهادتهم اكدوا الزوم وحققوه وما قيل في تمامه وحكم المشبه حكم المشبه به فان الصلوة للنار وعلى النجاسة حرام ولو صلى وبين يديه نار او بقربه نجاسة كان مكروها ليس تمثيلا صحيحا فان الثابت الكراهة وانما يكون حكمه لو ثبتت الحرمة هذا اذا كان العيب في غير المقبوض فلو وجد العيب في المقبوض اختلفوا فيه يروى عن ابي يوسف انه يرده خاصة لان الصفقة تامة في المقبوض والصحيح انه يأخذهما او يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم لكله فما لم يقبض الكل لا تتم فيكون تفريقا قبل التمام وصار تمام الصفقة كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول الحبس دون قبض جميعه حتى لو بقي من الثمن درهم كان له ان يمنع جميع المبيع عليه ولو قال المشتري انا امسك المعيب واخذ النقصان ليس له ذلك فاما لو كان قبضهما اعني العبدين ثم وجد باحدهما عيبا فان له ان يرده خاصة خلافا لزفر هو يقول فيه اي في رده وحده تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة ضم الجيد الى الردي لترويج الردي ففي الزامه المعيب وحده الزام هذا الضرر فاستوى ما قبل قبضهما وما بعده في تحقق المانع من رده وحده واشبه خيار الشرط والرؤية في ان الصفقة لا تتم اذا كان فيها احد الخيارين هكذا ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره وقال القدوري في التقريب قال اصحابنا اذا اشترى عبدين صفقة واحدة فوجد باحدهما عيبا بعد القبض رده خاصة وان كان قبل القبض ردهما وقال زفر يرد المعيب في الوجهين لان العقد صح فيهما والعيب وجد باحدهما فصار كما بعد القبض وذكر صاحب المختلف والمنظومة نقل ما ذكر القدوري على خلاف ما ذكر المصنف وشمس الائمة وهو محمول على اختلاف الرواية عن زفر ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان بالقبض تتم في خيار العيب بخلاف خيار الرؤية والشرط والتفريق بعد التمام جائز شرعا بدليل انه لو استحق احدهما بعد القبض ليس له ان يرد الآخر بل يرجع بحصته المستحق على البائع مع انه تفرقة الصفقة على المشتري والضرر الذي لزم البائع جاء من تدليسه لما قد مناه من ان الظاهر ان البائع عالم بحال المبيع وصار كما لو سمى لكل واحد ثمنا او شرط الخيار في احدهما لنفسه ثم هذا فيما يمكن افراد احدهما دون الآخر في الانتفاع كالعبدين اما اذا لم يمكن في العادة كنعلين او خفين او مصراعي باب فوجد باحدهما عيبا فانه يردهما او يمسكهما اجماعا لانهما في المعنى والمنفعة كشيء واحد والمعتبر هو المعنى وفي الايضاح والفوائد الظهيرية ولهذا قال مشائخنا لو اشترى زوجي ثور وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا وقد الف احدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة **قوله** ومن اشترى شيئا مما يكال كالحنطة والتمر او يوزن كالسمن والزعفران وغير ذلك فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه كله ومراده اذا كان الاطلاع على العيب بعد القبض اما لو كان قبله فلا فرق

ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضاء العاقد لا برضاء المالك وهذا اذا كان بعد القبض اما لو كان قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وان كان ثوبا فله الخيار لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون

بين المكيل والموزون وغيرهما كالثياب والعبيد في انه يرد الكل او يحبس الكل بخلاف ما بعد القبض فانه يجوز رد المعيب خاصة في غير المكيل والموزون دونهما وانما قلنا بعد القبض يرد الكل لان المكيل اذا كان من جنس واحد كالحنطة والشعير وهو كشيء واحد فان الانتفاع والتقوم لا يتحقق باحاد حبات القمح منفردة بل مجتمعة فكانت الاحاد المتعددة منها كالشيء الواحد ثوب او بساط ونحوه الا ترى انه يسمى المتعدد منه المجتمع باسم واحد كالكر والوسق والصبرة فلا يتمكن من رد البعض خاصة كما لا يتمكن من رد بعض الثوب بخلاف الثوبين والعبدين فانه بعد قبضهما يرد المعيب خاصة لانهما شيئان حقيقة وتقوما وانتفاعا لا يوجب افراد واحدهما عن الاخر عيبا حادثا فيه قيل هذا يعني كونه يرد الكل اذا كان في وعاء واحد اما اذا كان في وعائين كما اذا اشترى عدلي حنطة صفقة فوجد باحدهما عيبا فانه يرد ذلك العدل خاصة كذا ذكره فخر الاسلام قال لان تميز المعيب من غيره يوجب زيادة عيب في المعيب فانه اذا كان مختلطا بالجيد يكون اخف عيبا مما اذا انفرد فلو رد كان مع عيب حادث عند المشتري بخلاف ما اذا كان في وعائين فرد احدهما لعيبه فانه لا يوجب زيادة عيب قال الفقيه ابو الليث هذا التاويل يصح على قول محمد خاصة واحدى الروايتين عن ابي يوسف لا على قول ابي حنيفة فانه روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة في المجرد ان رجلا لو اشترى اعدالا تمر فوجد بعدل منها عيبا فان كان التمر كله من جنس واحد ليس له ان يرد المعيب خاصة لان التمر اذا كان من جنس فهو بمنزلة شيء واحد وليس له ان يرد بعضه دون بعض وذكر الناطفي رواية بشر بن الوليد لو اشترى زقين من سمن او سلتين من زعفران او حملين من القطن او الشعير وقبض الجميع له رد المعيب خاصة الا ان يكون هذا والاخر سواء فاما ان يرده كله او يترك كله فقد رايته كيف جعل التمر اجناسا مع ان الكل جنس التمر فعلى هذا تقييد الاطلاق ايضا في نحو الحنطة فانها تكون سيسانية وبحرية وهما جنسان يتفاوتان في الثمن والتخبير وتقييد اطلاق فخر الاسلام ان في الاعدال يرد المعيب خاصة بل يرد ذلك اذا كان باقي الاعدال من غير ذلك الجنس مما هو مندرج تحت مطلق جنسه بان يكون بعض الاعدال برنيا وبعضها البانية فيرد ذلك خاصة اما اذا كان الاعدال من جنس واحد بان يكون كلها برنيا او صيحانيا او ذا وعراقية فيرد الكل والعبرة كالعدل الواحد وان كثرت بجريان الحكم باسم جنس منع رد المعيب وحده فيهما قوله ولو استحق بعضه اي بعض المكيل او الموزون فلا خيار للمشتري في رد الباقي بل يلزمه ان يرده لانه لا يضره التبعيض وروي عن ابي حنيفة ان له رده دفعا لضرر مؤنة القسمة وجه الظاهر انه لا يضره التبعيض لا في القيمة ولا في المنفعة اما في القيمة فان المدين القمح يباع على وزان ما يباع به الاردب والغرارة واما في المنفعة فظاهر فلا يتضرر به بخلاف غيره فانه ان كان مما ينفصل يصير معيبا بتبعيضه فان المنفصل من الثوب كالذراع اذا نودي عليه في السوق لا يبلغ قيمته متصلا بباقي الثوب وان كان مما لا ينفصل كالعبد يصير معيبا بعيب الشركة بخلاف المكيل لا يتعيب بالشركة فانهما ان شاءا اقتسماه في الحال وانتفع كل بنصيبه كما يجب ومؤنة القسمة خفيفة وقد تتوهم بكيل حبيبهما دفعا لها وقوله والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة جواب عن سؤال هو انه ينبغي ان يكون له رد الباقي في صورة الاستحقاق كيلا يلزم تفريق الصفقة على المشتري ثم تحقق عليه فاجاب بان تفريق الصفقة انما يمتنع قبل التمام لا بعده وقد تحقق تمام هذه الصفقة حيث تحقق القبض ولم يظهر بعد ذلك الا الاستحقاق والاستحقاق لا يمنع تمامها لان تمامها برضا العاقد وقد تحقق لا برضا المالك يعني المستحق ولذا قلنا اذا اجاز المستحق لبدل الصرف ورأس مال المسلم بعد افتراق العاقدين يبقى العقد صحيحا فعلم ان تمام العقد يستدعي تمام رضى العاقد لا المالك وقوله وهذا اي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض اما اذا كان قبل القبض فله ان يرد الباقي لتفرق الصفقة عليه قبل التمام لان تمامها بعد الرضا بالقبض ولو كان المستحق ثوبا ونحوه كعبد وكتاب فله الخيار لان التشقيص في الثوب عيب والشركة في العبد عيب فله الخيار بين رد الكل او

ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها او كانت دابة فركبها فى حاجته فهو رضا لان ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لان الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا وان ركبها ليردها على بائعها او ليسقيها او ليشترى لها علفا فليس برضا اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب فى السقى واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجد بدا منه اما لصعوبتها او لعجزه او لكون العلف فى عدل واحد واما اذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرناه يكون رضا

ولعله تشريكا لا يقال ينبغى ان يثبت له خيار رد الكل لانه حدث عنده عيب بالاستحقاق اجاب بقوله وقد كان الخ اى هذا العيب اعنى عيب الشركة كان ثابتا وقت البيع وانما تأخر ظهوره والظهور فرع سابقة الثبوت فلم يحدث العيب عند المشترى بل ظهر عنده فلم يمنع الرد بخلاف تمييز الجيد من الردى فى المكيل اذا كان فى وعاء واحد او كان صبرة فانه عيب حدث عنده فلا يمكنه الا رد الكل قوله ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا ونحوه من مرض او غير مرض فداواها او كانت دابة فركبها فى حاجته اى حاجة نفسه وفى بعض نسخ حاجته فهو رضا لان ذلك دليل قصد الاستبقاء بخلاف خيار الشرط اذا ركب فيه مرة لحاجة نفسه او لبس الثوب مرة لا يكون مسقطا للخيار لان ذلك الخيار للاختيار وهو بالاستعمال فلا يكون ركوبه لحاجته مرة والاستخدام مرة مسقطا له فصار جنس هذه المسائل ان كل تصرف من المشترى يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والارش فمن ذلك العرض على البيع والاجارة واللبس والركوب لحاجته والمداواة والرهن والكتابة والاستخدام ولو مرة بعد العلم بالعيب بخلاف خيار الشرط فانه لا يسقط الا بالمرة الثانية لان الاولى للاختبار الذى لاجله شرع الخيار فلم تكن الاولى دليل الرضا اما خيار العيب فشرعيته للرد ليصل المشترى الى رأس ماله اذا عجز عن وصف الجزء الفائت اليه فبالمرة الاولى فيه لا يصير بها عن كونها دليل الرضا صارف هذا بالاتفاق انما الخلاف فيما اذا اخر الرد مع القدرة عليه بالتراضى او بالخصومة بان كان هناك حاكم فلم يفعل ولم يفعل ما يدل على الرضا فعندنا لا يبطل خيار الرد به وعند الشافعى يبطل والتقييد بحاجته لانه لو ركبها ليسقيها او يردها على بائعها او يشترى لها علفا فليس برضا وله الرد بعد ذلك اما الركوب للرد فانه سبب الرد فانه لو لم يركبها احتاج الى سوقها فربما اتعبها او تتلف مالا فى الطريق للناس ولا يحفظها عن ذلك الا الركوب والجواب فى السقى وشراء العلف محمول على حاجته الى ذلك فيهما لانها قد تكون صعبة فى قودها ليسقيها او يحمل عليها علفها ما ذكرناه مع كونه قد يكون عاجزا عن المشى او يكون العلف فى عدل واحد فلا يمكن من حمله عليها الا اذا كان راكبا فتقييده بعدل واحد لانه لو كان فى عدلين فركبها يكون الركوب رضا ذكره قاضى خان وغيره ولا يخفى ان الاحتمالات التى ذكرنا فى ركوبها للسقى انها لا تمنع الرد معها تجرى فيما اذا كان العلف فى عدلين ثم ركبها فلا ينبغى ان يطلق امتناع الرد اذا كان العلف فى عدلين ولو اختلفا فقال البائع ركبتها لحاجة نفسك وقال المشترى لاردها عليك فالقول قول المشترى فاما لو قال البائع ركبتها للسقى بلا حاجة لانها تنقاد وهى ذلول ينبغى ان يسمع قول المشترى لان الظاهر ان المصوغ للركوب بلا ابطال حق الرد خوف المشترى من شى مما ذكرنا لا حقيقة الجموح والصعوبة والناس يختلفون فى تخيل اسباب الخوف فرب رجل لا يخطر بخاطره شى من ذلك الاسباب وآخر يخالفه نعم لو حمل عليها علفا لغيرها كان رضا ركبها او لم يركبها قوله وجد بالدابة عيبا فى السفر وخاف على حمله حمله عليها ويرد بعد انقضاء سفره وهو معذور قوله ومن اشترى عبدا قد سرق عند البائع وعلى ما ذكرنا ما وقع فى المطارحة لا فرق بين ان يسرق عند البائع او غيره ولم يعلم المشترى به اى لفعله السرقة لا وقت البيع ولا وقت القبض وسيأتى فائدة هذا القيد فقطع عند المشترى فله ان يرده على بائعه ويأخذ الثمن كله منه عند ابى حنيفة كذا فى عامة شروح الجامع الصغير وبعض روايات المبسوط وفى جامع التمرتاشى فى بعض روايات المبسوط يرجع بنصف الثمن ووفق بما ذكر فى المبسوط حيث قال وعند ابى حنيفة يرجع بنصف الثمن لان القطع كان مستحقا بسبب كان عند البائع واليد من الآدمى نصفه فينتقض قبض المشترى فى النصف فيثبت للمشترى الخيار ان شاء رجع بنصف الثمن وان شاء رد ما بقى ورجع بجميع الثمن كما لو قطعت يده عند البائع ولما ثبت الخيار بين رده وامساكه كان قول من قال يأخذ الثمن كله منصرفا الى اختياره رد العبد المقطوع وقول من قال رجع بنصف الثمن

قال ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له ان يرده ويأخذ الثمن عند ابي حنيفة رح وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وانه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى جارية حاملا فماتت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسئلة ممنوعة

مختصر فالى اختياره امساكه وفي شرح الطحاوي للاسبيجابي لو قطعت يده بيده القبض الى آخر الصورة ان شاء رضي بالعبد الاقطع ورجع بنصف الثمن ومن شاء ترك وفي قول ابي يوسف ومحمد لا يرده ولكنه يرجع بنقصان العيب يقوم عبدا وجب عليه القطع وعبدا لم يجب عليه القطع ويرجع بازاء النقصان من الثمن الا اذا رضي البائع ان يرده فيرده ويرجع بجميع الثمن اه فلا يخفى ما في نقل المقتصر في جواب المسئلة كالمص ان له ان يرده يرجع بالكل وما في ما نقل من الحصر والتخلف فيما اذا قطعت يده عند المشتري ليسرقه عند البائع ان يرجع بنصف الثمن من الايقاع في الالباس واقرب ما يظن انهما روايتان عنه لولا ما ظهر من الجواب المفصل ابتداء كما ذكرنا وعبارة الهداية اخف فانه قال فله ان يرده ويأخذ الثمن فانها لا تمنع ان له شيئا آخر لكن لا يجوز الاقتصار على هذا الا اذا كان ماله من الآخر المسكوت عنه متفقا عليه فاقتصر على محل الخلاف لكن الفرض ان الخلاف ثابت في الآخر وهو اذا امسكه فانه يأخذ النصف عنده وعندهما لا يرجع بالنقصان ويمسكه قوله وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد عند البائع من قتل عمد او ردة ونحو ذلك يعني قتل عند المشتري ترجع بكل الثمن حتما وعندهما يقوم حلال الدم وحرامه فيرجع بمثل نسبته التفاوت بين القيمتين من الثمن قال المص فالحاصل انه اي القتل والقطع اي ثبوته في العبد بمنزلة الاستحقاق ولو استحق كله رجع بالكل او نصفه كان بالخيار بين ان يرده الباقي ويرجع بالكل وبين ان يرجع بنصف الثمن ويمسك النصف فكذا هنا وعندهما ذلك بمنزلة العيب يعني في الحكم والا فهو عيب عندهما لا بمنزلة العيب وفي المبسوط فان مات العبد من ذلك القطع قبل ان يرده لم يرجع الا بنصف الثمن لان النفس ما كانت مستحقة في يد البائع لينتقض قبض المشتري في النصف لهما ان الموجود عند البائع سبب القتل والقطع وثبوت سبب ذلك لا ينافي مالية العبد ولذا صح بيعه وعتقه ولو مات كان الثمن متقررا على المشتري وليس لولي القصاص حق في ماليته وكذا لو كان ولي القصاص يأبى شراء المشتري اياه صح شراؤه ولو كان له حق في ماليته لم يصح كما لو ابى المرتهن بيع عبد الرهن لم يصح لتعلق حق المرتهن بالمالية فعرف ان استحقاق العقوبة متعلق بآدميته لا بماليته والاستحقاق باعتبار المالية فلا يجري استحقاق استيفاء العقوبة مجرى الاستحقاق في الكل والبعض انما يذهب المالية بالقتل وهو فعل انشاه المستوفي باختياره في النفس بعدما دخل في ضمان المشتري وبه لا ينتقض قبض المشتري لانه يتعلق بالمال المبيع وينتقض باخذ المستحق له لان نفيه من حيث هو مال فكان استيفاء العقوبة عيبا حادثا في يده فمنع الرد فيرجع بالنقصان وصار كما اذا اشترى حاملا لا يعلم بحبلها وقت الشراء والاوقت القبض فماتت عنده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا وغير حامل ولفظة الى في قوله الى غير حامل ليس لها موقع وله ان سبب وجوب القطع والقتل وجد في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى سبب القطع والقتل وهو سرقته الكائنة في يد البائع وقطعه وصار موته مضافا اليه وقطعه وصار كان قطع او قتل عند البائع الذي عنده السبب وصار كالعبد المغصوب اذا رده الغاصب على مالكه بعدما جنى عند الغاصب فقتل عند المالك بها او قطع فانه يرجع على الغاصب بتمام قيمته او نصفها كما لو قتل عند الغاصب بجامع استناد الوجود الى سبب الوجوب الكائن عند الاول واذا كان كذلك فينتقض قبضه كما في الاستحقاق وصار سبب السبب بمنزلة علة العلة لفوات المالية فكان المستحق به كانه المالية الا انه لا يظهر اثر ذلك الا بحقيقة فعل الاستيفاء وقبله لا يتم في حق ذلك فبقي المالية فيصح البيع ونحوه واما اذا قتل فقد تم الاستحقاق وبطلت المالية فظهر اثره في نقض القبض فيرجع كما ذكرنا وما ذكر من مسئلة موت الحامل ممنوعة على قول ابي حنيفة بل يرجع على قوله بكل الثمن قاله القاضيان ابو زيد وفخر الدين قاضي خان رح وان لم يذكر الخلاف في الكتاب الموضوع من الاصل استدلالا بما ذكر من مسئلة في الجامع الصغير في الامة المغصوبة اذا حبلت عند الغاصب ثم ردت فولدت في يد المالك وماتت له

ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضاء البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله البائع فبثلثة الارباع لان اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي احديهما الرجوع فيتنصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولو يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع

ان يضمن الغاصب جميع قيمتها فكذلك هنا عنده واختصر المص عليه وان سلمنا فنقول الموجود في يد البائع العلوق وانما يوجب انفصال الولد لا الهلاك ولا يفضي اليه غالبا بل الغالب السلامة فليس هنا وجوب يفضي الى الوجود فهو نظير موت الزاني من الجلد بخلاف المسئلة الغصب لم يصح لان شرط صحته ان يردها كما اخذها ولم يوجد فصار كما لو هلكت في يد الغاصب وهنا الحبل لا يمنع من التسليم الى المشتري ثم ان تلفت بعد ذلك بسبب كان الهلاك مستحقا عند البائع فينتقض قبض المشتري فيه وان لم يكن مستحقا لا ينتقض ونوقض بمسائل الاولى اذا اشترى جارية محمومة فلم يردها حتى ماتت عنده بالحمى لا يضاف الى السبب السابق حتى لا يرجع بكل الثمن بل بالنقصان مع ان موتها بسبب الحمى التي كانت عند البائع وثانيها اذا قطع البائع او غيره يد العبد ثم باعه ولم يعلم به المشتري فمات العبد منه عند المشتري يرجع بالنقصان لا بالثمن وثالثها ما اذا زوج امته البكر ثم باعها وقبضها المشتري ولم يعلم بالنكاح ثم وطيها الزوج لا يرجع بنقصان البكارة وان كان زوال البكارة بسبب كان عند البائع ورابعها لو زنى العبد عند البائع فجلد في يد المشتري فمات منه لا يرجع على البائع بالثمن وان كان موته بسبب كان عند البائع وخامسها لو سرق في يد البائع فقطعت عند المشتري فسرى القطع فمات يرجع بنصف الثمن لا بكله وان كان موته بسبب كان عند البائع اجيب بان الجارية لا تموت بمجرد الحمى بل بزيادة الالم وذلك بسبب آخر عند المشتري لا في يد البائع فليس مما نحن فيه واما الثانية فلان البيع لما ورد على قطع البائع او الاجنبي قطع سراية القطع لان السراية حق البائع فينقطع ببيع من له السراية وفيما نحن فيه السراية لغير من كان البيع منه فيمتنع انقطاع السراية بالبيع واما الثالثة فان البكارة لا تستحق بالبيع حتى لو وجدها ثيبا لا يتمكن من الرد اذا لم يكن شرط البكارة فعدمها من باب عدم وصف مرغوب فيه لا من باب وجود العيب وعن الرابعة بان المستحق هو الضرب المولم واستيفاء ذلك لا ينافي المالية في المحل وموته بذلك الضرب انما هو لعارض عرض في يد المشتري وهو خرف الجلاد او ضعف المجلود فلم تكن تلك الزيادة مستوفاة حدا مستحقا واما الخامسة فقد تقدم جوابها من المبسوط قوله ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما اي بالسرقتين جميعا فعندهما يرجع بالنقصان اي نقصان عيب السرقة الموجودة عند البائع وعند ابي حنيفة ليس له ان يرده بلا رضا البائع للعيب الحادث وهو السرقة عند المشتري والقطع بها كقولهما ولكن ان رضي البائع به كذلك رده ورجع بثلاثة ارباع الثمن وان لم يرض به امسكه ورجع بربع الثمن لان اليد من الآدمي نصفه في حق الاتلاف وقد تلفت بالسرقتين الكائنتين عندهما فيتوزع نصف الثمن بينهما نصفين فيسقط ما اصاب المشتري فيرجع بالباقي ان رده بان رضيه البائع وذلك ثلاثة ارباع الثمن وبربعه ان امسكه بان رضي البائع لان نصف النصف لزم المشتري فيسقط عن البائع وهذا لان البائع انما قبله اقطع معيبا لا مع ان تحمل ما لزم المشتري من النقصان بالسبب الكائن عنده بل يتوزع النقصان عليهما كما في الغاصب للعبد اذا سرق عنده ثم رده فسرق عند المالك فقطع بالسرقتين فانما يرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة قوله ولو تداولته الايدي بعد ان سرق عند البائع ثم تداولته الايدي بعده ثم قطع عند الاخير بتلك السرقة رجع الباعة بعضهم على البعض بالثمن كما في الاستحقاق عند ابي حنيفة لان اجراه مجرى الاستحقاق ولا يخفى ان هذا اذا اختار الرد لانك علمت ان حكم المسئلة عنده انه بالخيار بين ان يرده ويرجع بالكل او يمسكه ويرجع بنصف الثمن فيرجع بعضهم على بعض بنصف الثمن وعندهما يرجع الاخير الذي قطع في يده على بائعه بالنقصان ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب اما رجوع الاخير فلانه لما لم يبعه لم يصر حابسا للمبيع فلا مانع من الرجوع واما بائعه فانما لا يرجع على بائعه لانه بالبيع صار حابسا للمبيع مع امكان الرد بالعيب وعلمت ان بيع المشتري

قال ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم العيوب بعددها وقال الشافعي لا يصح البراءة بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا تكون مفسدة

للعيب حين لم يبع سواء علم بالعيب اولم يعلم فلا يمكنه الرد بعد ذلك وقوله في الكتاب اي الجامع الصغير ولم يعلم به يعني وقت البيع ولا وقت القبض يفيد على قولهما لانه عيب والعلم بالعيب عند البيع او القبض مسقط للرد والارش واما عنده فعنه روايتان في رواية كقولهما فلا يرجع اذا علم باستحقاق يده او نفسه قال المصنف تبعا لشمس الائمة الصحيح انه يرجع وان علم بسرقته او اباحة دمه وقت البيع والبيع او القبض لان هذا بمنزلة الاستحقاق من وجه والعيب من وجه فاشبهه بالاستحقاق قلنا يرجع بكل الثمن اذا لم يعلم به ولشبهه بالعيب لا يرجع عند العلم بشيء عملا بالشبهين وفي نظر فيه بعضهم لان هذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن وكونه اجري مجرى الاستحقاق لا يخرجه عن كونه **قوله** ومن باع عبدا الخ ليس العبد بقيد فان البيع بشرط البراءة من كل عيب صحيح في الحيوان وغيره ويبرأ البائع به من كل عيب قائم وقت البيع معلوم له او غير معلوم ومن كل عيب يحدث الى وقت القبض ايضا خلافا لمحمد في الحادث واجمعوا ان البيع لو كان بشرط البراءة من كل عيب به لا يدخل الحادث بعد القبض في البراءة وللشافعي قول كقولنا وقول انه لا يبرأ من عيب اصلا وثالثها وهو الاصح ويروى عن مالك يبرأ البائع في الحيوان عما لا يعلمه دون ما يعلمه لما روي ان ابن عمر رضي الله عنه باع عبدا من زيد بن ثابت بشرط البراءة فوجد زيد به عيبا فاراد رده فلم يقبله ابن عمر فترافعا الى عثمان رضي الله عنه فقال عثمان لابن عمر اتحلف انك لم تعلم بهذا العيب فقال لا فرده عليه والفرق ان كتمان المعلوم تلبيس بخلاف غير المعلوم واما في غير الحيوان فلا يبرأ من عيب ما فذكر المصنف خلافه مطلقا وهو احد اقواله قال وهو بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا تصح فنصب الخلاف في المبنى فقال هو يقول في الابراء معنى التمليك ولهذا يرتد بالرد حتى لو ابرأ من له الدين مديونه فرده المديون لم يبرأ وكذا لا يصح تعليق الابراء لما فيه من معنى التمليك وتمليك المجهول لا يصح ولانه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع الغرر وهذا بيع الغرر لانه لا يدري ان المبيع على اي صفة هو ولانه شرط على خلاف مقتضى العقد لان مقتضاه سلامة المبيع فهو كشرط عدم الملك ولنا ان الابراء اسقاط حتى يتم بلا قبول كالطلاق والعتاق بان طلق نسوته او عتق عبيده ولا يدري كم هم ولا اعيانهم كان ورث عبيدا في غير بلده او زوجه وليه صغيرا فبلغ وهي في غير بلده ولذا لا يصح تمليك الاعيان بلفظ الابراء ويصح الابراء بلفظ الاسقاط كان يقول اسقطت عنك ديني عليك والاسقاط لا يبطله جهالة الساقط لان جهالته لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك فاظهرنا اثره في صحة رده وعدم تعليقه بالشرط فانتفى المانع ووجد المقتضي وهو تصرف العاقل البالغ باسقاط حقوقه بخلاف التمليك فان جهالة المملك فيه تمنع من التسليم فلا يترتب فائدة التصرف عليه اما الاسقاط فان الساقط يتلاشى فلا يحتاج الى تسليم فظهر ان المبطل لتمليك المجهول ليس الجهالة بل عدم القدرة على التسليم ولذا اجاز بيع قفيز من صبرة وانما امتنع بيع شاة من قطيع للمنازعة في تعيين المسلم للتفاوت واما عدم الصحة في قول ابرأت احدكما فلجهالة من له الحق كما لا يصح قوله لرجل علي الف وصح لفلان علي شيء ويلزم بالتعيين على ان من المشائخ من اجازه والزمه بالتعيين كطلاق احدى زوجتيه وجه المختار ان الطلاق بعد وقوعه لا جهالة فيه وكذا العتاق لمن له الحق لانه الله تبارك وتعالى وكذا لو اتفقا على الطالة لم يبطل ويدل على ما قلنا حديث علي بن ابي طالب رضي الله عنه حين بعثه صلى الله عليه وسلم ليصالح بين بني خزيمة وذلك انه صلى الله عليه وسلم بعث اليهم خالد بن الوليد رضي الله عنه فقتل منهم قتلا بعدما اعتصموا بالسجود فدفع صلى الله عليه وسلم الى علي رضي الله عنه مالا فوداهم حتى ميلغة الكلب وبقي في يده مال فقال هذا لكم مما لا تعلمونه ولا يعلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسر به وهو دليل جواز الصلح عن الحقوق المجهولة وروي ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في مواريث درست فقال صلى الله عليه وسلم استهما وتوخيا الحق وليحلل كل واحد منكما صاحبه وفيه اجماع على المسلمين لان من حضره الموت في كافة الاعصار استحل من معامليه من غير نكير والمعنى الفقهي ما ذكرنا والغرر والله اعلم ايهام خلاف الثابت

ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول ابي يوسف رح وقال محمد رح لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر رح لان البراءة تتناول الثابت ولابي يوسف رح ان الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث

الثابت ومنه ولد الغرور للشهر بجارية امرأة لغيره وجها وليست حرة وحين شرط البراءة من العيوب فقد نبهه على ابهام العيوب وبقائه في يده بها فلم يغره وقوله شرطا ينفي مقتضى العقد وهو السلامة قلنا بل يوافق مقتضاه فهو اللزوم وكيف السلامة بمقتضاه ان ارادت العقد المطلق سلمناه او المقيد بشرط البراءة من العيوب ان كانت بمعناه والالزم ان لا يصح شرط البراءة من العيوب المسماة ان ظهرت وجوازه اتفاق قوله ويدخل في هذه البراءة يعني البراءة المذكورة في الكتاب فان الاشارة اليها وهي البراءة من كل عيب واحترز بالاشارة المذكورة عن البراءة من كل عيب به وقد ذكرنا انه لا يبرء عن العيب الحادث بالاجماع والمراد بقوله في قول ابي يوسف رح ظاهر الرواية عنه وهو قول ابي حنيفة رح وقال محمد رح لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر والحسن بن زياد والشافعي ومالك ورواية عن ابي يوسف رح لان البراءة تتناول الثابت فتنصرف الى الموجود عند العقد فقط ولابي يوسف رح ان الملاحظ هو المعنى والغرض ومعلوم ان الغرض من هذا الشرط الزام العقد باسقاط المشتري حقه عن وصف السلامة ليلزم على كل حال ولا يطالب البائع بحال وذلك بالبراءة عن كل عيب يوجب للمشتري الرد والحادث بعد العقد كذلك فاقتضى الغرض المعلوم دخوله واورد انه ذكر في شرح الطحاوي انه لو صرح بالبراءة من العيب الحادث لم يصح بالاجماع فكيف يصح عن ابي يوسف ادخال الحادث بلا تنصيص وهو مع التنصيص عليه يبطله اجيب بمنع انه اجماع بان في الذخيرة اذا باع بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عند ابي يوسف خلافا لمحمد وذكر في المبسوط في موضع آخر لا رواية عن ابي يوسف فيما اذا نص على البراءة من كل عيب حادث ثم قال وقيل ذلك صحيح عنده باعتبار انه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب للرد ولئن سلمنا فالفرق ان الحادث يدخل تبعا للتقرير عرضهما وكم من شيء لا يثبت مقصودا ويثبت تبعا ولو اختلفا في عيب انه حادث بعد العقد او كان عنده لا اثر لهذا عند ابي يوسف وعند محمد القول قول البائع مع يمينه على العلم انه حادث لان بطلان حق المشتري في الفسخ ظاهر بشرط البراءة وثبوت حق الفسخ بعيب حدث باطل فاذا ادعى باطلا ليزيل به ظاهرا لا يصدق الا بحجة وعند زفر القول للمشتري لانه هو المسقط لحقه فالقول في بيان ما اسقط قوله **فروع** ممها في الدراية شرط البراءة من كل عيب به او عن ضرب من العيوب لم تنصرف الى الحادث بالاجماع ويصح تخصيصه ولو شرطها من عيب واحد كشجة فحدث عند المشتري عيب وسوت فاطلع على عيب آخر كشجة اخرى فاراد ان يرجع بالنقصان لامتناع الرد بالعيب الحادث اعتبر ابو يوسف نفع حصول البراءة للبائع فجعل الخيار في تعيين العيب الذي يرد به اليه وجعله محمد للمشتري فيرد بايهما شاء ولا يخفى ان هذا اذا لم يعين الشجة المتبرا منها عند البيع بل ابرأه من شجة به او عيب ولو ابراه من كل غائلة فهي السرقة والاباق والفجور وكذا روي عن ابي يوسف ولو ابراه عن كل داء فعن ابي حنيفة الداء ما في الباطن في العادة وما سواه يسمى مرضا وقال ابو يوسف يتناول الكل وتقدم اول الباب ذلك في جمع التفاريق قطع الاصبع عيب والاصبعين عيبان والاصابع مع نصف الكف عيب واحد ولو قبل في الثوب بعيوبه يبرء من الخروق وتدخل الرقع والرفو ولو تبرأ من كل سن سوداء تدخل الحمراء والخضراء ومن كل قرح دلالة القروح الدامية وفي المحيط ابرأتك من كل عيب بعينه فاذا هو اعور لا يبرأ لانه عدمها لا عيب بها ولو قال انا بري من كل عيب الا الاباقة بري من اباقته ولو قال الا الاباق فله الرد بالاباق ولو قال انت بري من كل حق لي قبلك دخل العيب هو المختار دون الدرك ولو قال المشتري ليس به عيب لم يكن اقرارا بانتفاء العيوب حتى لو وجد به عيبا رده ولو عين فقال ليس بآبق صح اقراره ولو وجد به عيبا فاصطلحا على ان يدفع او يحط دينارا جاز ولو دفعه المشتري ليرد لم يجز لانه ربا وزوال العيب يبطل الصلح فيرد على البائع ما بدل او حط اذا زال ولو زال بعد خروجه عن ملكه لا يرد ولو صالحه بعد الشراء من كل عيب بدرهم جاز وان لم يجد به عيبا ولو قال اشتريت ملك العيوب لم يجز وحذف الحروف او نقصها او النقط او الاعراب في المصحف

باب البيع الفاسد

واذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخمر والخنزير وكذا اذا كان غير مملوك كالحر قال العبد الضعيف هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون امانة عند بعض المشائخ لان العقد غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي وسنبينه بعد هذا ان شاء الله تعالى وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل لانها ليست اموالا فلا تكون محلا للبيع

عيب ولو وجد به عيبا فاصطلحا على ان يحط على عشرة ويأخذ الاجنبي بما وراء المحطوط ورضي الاجنبي بذلك جاز وجاز حط المشتري دون البائع ولو قصر المشتري الثوب فاذا هو متخرق وقال المشتري لا ادري تخرق عند القصار او عند البائع فاصطلحوا على ان يقبله المشتري ويرد عليه القصار درهما والبائع درهما جاز وكذا لو اصطلحا على ان يقبله البائع ويدفع له القصار درهما ويترك المشتري درهما قيل هذا غلط وتاويله ان يضمن القصار المشتري ثم يدفع المشتري ذلك الى البائع وفي المجتبى ادخل المشتري القدوم في النار او حد المنشار او حلب الشاة او البقرة لم يرد سواء كان في المصراة او غيرها وفي المصراة يرد وقيمة اللبن عند الشافعي ومالك واحمد وزفر ورواية عن ابي يوسف والمصراة شاة ونحوها شد ضرعها ليجتمع لبنها ليظن المشتري انها كثيرة اللبن فاذا حلبها ليس له ردها عندنا وهل يرجع بالنقصان في رواية الكرخي لا وفي رواية شرح الطحاوي يرجع لفوات وصف مرغوب فيه بعد حدوث زيادة منفصلة وقيل لو اختيرت هذه للفتوى كان حسنا لغرور المشتري بالتصرية ولو اغتر بقول البائع هي حلوب فتبين خلافه بعد الولادة يرجع فكذا هنا ولو وقف الارض او جعلها مسجدا ثم اطلع على عيب امتنع الرد والرجوع بالارش عند محمد رحمه الله وعند ابي يوسف يرجع بالارش ولو اشترى ضيعة مع غلاتها فوجد بها عيبا يردها في الحال لانه ان جمع غلاتها فهو رضا وان تركها يزداد العيب فيمتنع الرد

باب البيع الفاسد البيع جائز وغير جائز والجائز ثلاثة انواع بيع الدين بالعين وهو السلم وبيع العين بالعين وهو المقايضة وبيع العين بالدين وهو البيع المطلق وغير الجائز ثلاثة باطل وهو بيع ما ليس بمال كالحر والمدبر والمعدوم كالسمن في اللبن وغير مقدور التسليم كالآبق والموقوف حصره في الخلاصة في خمسة عشر بيع العبد والصبي المحجورين وبيع غير الرشيد وتوقف على اجازة القاضي وبيع المرهون والمستاجر وما في مزارعة الغير يتوقف على اجازة المرتهن والمستاجر والمزارع فان تفاسخا الاجارة او رد الرهن لو فارا وابرأ لزمه ان يسلمه للمشتري وكذا بيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشتري يتوقف على اجازة المشتري وقبل القبض في المنقول لا ينعقد اصلا حتى لو تفاسخا لا ينعقد وفي العقار على الخلاف المعروف وبيع المرتد عند ابي حنيفة والبيع برقمه وبما باع فلان والمشتري لا يعلم موقوف على العلم في المجلس وبيع فيه خيار المجلس وبمثل ما يبيع الناس وبيع المالك المغصوب ذكره محمد ان اقر الغاصب او جحد وللمغصوب منه بينة تم البيع وبيع مال الغير ولنتمم ما يتعلق بالمرهون والمستاجر والمغصوب ذكر انه اذا رجع المرهون والمستاجر الى الراهن والموجر فسخا او بغيره تم البيع وكذا ان اجاز المستاجر والمرتهن فان لم يجيزا طلب المشتري من الحاكم فسخ العقد فيفسخه وللمشتري الخيار اذا لم يعلم الرهن والاجارة وقت البيع وكذا ان علم عند محمد وعند ابي يوسف ان علم ليس له حق الفسخ فقيل ظاهر الرواية قول محمد وقيل بل قول ابي يوسف وليس للمستاجر حق فسخ البيع بلا خلاف وفي المرتهن خلاف المشائخ وليس للراهن والموجر حق الفسخ ولو هلك المغصوب قبل التسليم انتقض البيع وهو الاصح وقيل لا لانه اخلف بدلا وروى بشر عن محمد وابن سماعة عن ابي يوسف انه يجوز ويقوم المشتري مقام المالك في الدعوى وعن ابي حنيفة روايتان وتقدم ان المزارعة والاجارة سواء كان البذر منه او لا فان اجاز فلا اجر لعمله وفي النوازل فلو اجازه المزارع فكلا النصيبين للمشتري وكذا في الكرم وان كانت الارض فارغة في المزارعة ولم تظهر الثمار في الكرم جاز البيع وبه اخذ المرغيناني ذكره في المجتبى ثم وجه تقديم الصحيح على الفاسد انه الموصل الى تمام المقصود فان المقصود سلامة الدين التي لها شرعت العقود وليندفع التغالب والوصول الى دفع الحاجة الدنيوية وكل منها بالصحة واما الفاسد فعقد مخالف للدين ثم ان افاد الملك وهو مقصود في الجملة لكن لا يفيد تمامه اذ لم ينقطع به حق البائع من المبيع ولا المشتري من الثمن اذ لكل منهما الفسخ بل يجب عليه ثم لفظ الفاسد في قوله باب البيع الفاسد وفي قوله اذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد مستعمل في الاعم من الفاسد فالباطل فالشارحون على ان ذلك الفاسد اعم من الباطل لان الفاسد غير المشروع بوصفه

(۱) ينبغي ان يكون الموقوف على اجازة المولى والاب والوصي

وَامابيع الخمر والخنزير ان كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك مايقابله وان كان لايملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق ان الخمر مال وكذا الخنزير مال في حق اهل الذمة الا انه غير متقوم لما ان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وفي تملكه بالعقد مقصوداً اعزاز له وهذا لانه متى اشتراهما بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر فسقط التقوم اصلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشترى الثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز الثوب دون الخمر فبقى ذكر الخمر معتبراً في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة

بل باصله والباطل غير المشروع لا باصله ولا بوصفه ولا شك ان يصدق على غير المشروع بواحد منهما انه غير مشروع بوصفه وهذا يقتضي انه يقال حقيقة على الباطل لكنه الذي تقتضيه كلام الفقه والاصول انه يباينه فانهم قالوا ان حكم الفاسد افادة الملك بطريقه والباطل لا يفيده اصلا فقابلوه به واعطوه حكما يباين حكمه وهو دليل تباينهما وايضا فانه ماخوذ في مفهومه اولازم انه مشروع باصله لا وصفه وفي الباطل غير مشروع باصله فبينهما تباين فان المشروع باصله وغير المشروع باصله متباينان فكيف يتصادقان اللهم الا ان يكون لفظ الفاسد مشتركا بين الاعم والاخص المشروع باصله لا بوصفه في العرف لكن يجعله مجازا عرفيا في الاعم لانه خير من الاشتراك وهو حقيقة فيه باعتبار المعنى اللغوي ولذا وجه بعضهم الاعمية بانه يقال للحم اذا صار بحيث لا ينتفع به للدود والسوس بطل اللحم واذا انتن وهو بحيث ينتفع به فسد اللحم فاعتبر معنى اللغة ولذا ادخل بعضهم ايضا في البيع الفاسد لشموله المكروه لانه فائت وصف الكمال بسبب وصف مجاور ثم الفساد بالمعنى الذي يعم الباطل يثبت باسباب منها الجهالة المفضية الى المنازعة في المبيع او الثمن فخرج نحو جهالة كيته قفزان الصبرة وعدد الدراهم فيما اذا بيع صبرة طعام بصبرة دراهم وبعدم ملك المبيع للبائع والفساد ومعنى البطلان الا في السلم او مع الملك لكن قبل قبضه ومنها العجز عن التسليم او السلم الا بضرر كجذع من سقف والغرر كضربة القابض والشرط الفاسد بخلاف الصحيح وتدخل فيه صفقتان في صفقة كبيعه كذا على ان يبيعه كذا او الاتباع مقصود كحبل الحبلة تدخل في عدم الملك واما الاوصاف كالية شاة حية يرجع الى ما في تسليمه ضرر اذ لا يمكن شرعا الا بذبحها او في قطعها حية عجز عن التسليم لانها تصير ميتة فيبطل بيعها وكون المبيع من البائع بما هو من جنس ثمن المبتاع به وهو اقل منه قبل نقد الثمن وعدم التعيين في بيع كبيع هذا القفيز حنطة او شعيرا مستدرك بدخوله في جهالة الثمن **قوله** اذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان احدهما غير مملوك كالحر هذا لفظ القدوري وقد ذكرنا ان لفظ فاسد يراد به ما هو اعم من الباطل لان احد العوضين يصدق على كل من المبيع والثمن اما حقيقة او تغليبا كما قيل بناء على ان العوض خاص بالمبيع لانه يراد به العوض ولا شك ان المبيع اذا كان محرما فان كان مالا فالبيع باطل كالخمر وكذا الثمن اذا كان محرما كميتة فهو باطل فلذا قال المصنف هذه فصول جمعها اي في حكم واحد وهو الفساد والواقع ان فيها تفصيلا يعني ليس كلها فاسدا فان منها ما هو باطل وهذا مما يبين لك ان المعروف في عرف فقهائنا التباين بين الفاسد والباطل فان الاعم لا ينفى عن الاخص قال فنقول البيع بالميتة والدم باطل لا فاسد باجماع علماء الامصار وكذا بالحر بان يجعل الميتة او الحر ثمنا للثوب مثلا وذلك لانعدام ركن البيع الذي هو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد يعني من له دين سماوي فلذا كان البيع بالحر باطلا وان كان مالا عند بعض الناس واما البيع بالخمر والخنزير ففاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه اي كل من الخمر والخنزير مال عند البعض وهم اهل الذمة كما سيصرح به في وجه الفرق حيث قال مال عند اهل الذمة لحلها عندهم وهذا من المصنف يفيد انتفاء المالية عنها بالكلية في شرعنا وهو كذلك غاية الامر ان الاصطلاح على تسمية البيع بثمن هو مال في بعض الاديان فاسدا وبما ليس مالا في دين سماوي باطل وهذا اسهل وانما الاشكال في جعل حكمه الملك قلنا فيه نظر نذكره ان شاء الله تعالى ثم قال اما بيع الخمر والخنزير يعني اذا جعلا مبيعا فان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بالعين كبيع الخمر بالثوب اي مقايضة ففاسد والفرق ان الخمر مال في الجملة في شرع ثم امر باهانتها في شرع نسخ الاول وفي تملكه بالعقد مقصودا اعزاز له

قال وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عم اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي رح وقد ذكرناه في العتق

حيث اعتبر المقصود من تصرف العقلاء بخلاف جعله ثمنا واذا بطل لكون الخمر مبيعا فلان يبطل اذا جعل الميتة والحر مبيعا اولى ومقتضى هذا ان يبطل في المقائضة بطريق اولى لان كلا منهما مبيع لكن لما كان كل منهما ثمنا ايضا كما ان كلا منهما مبيع ثبت صحة اعتبار الثمنية والمبيعة في كل منهما فاعتبر الخمر ثمنا والثوب مبيعا والعكس وان كان ممكنا لكن لا يرجع في هذا الى الاعتبار لما فيه من الاحتياط للقرب من تصحيح تصرف العقلاء المكلفين باعتبار الاعزاز للثوب مثلا فيبقى ذكر الخمر معتبر الاعزاز الثوب لا الثوب للخمر فوجبت قيمة الثوب لا الخمر ولا فرق بين ان يدخل الباء على الثوب او الخمر في جعل الثوب المبيع وجه البطلان في بيع هذه الاشيا النص لقوله صلى الله عليه وسلم عن الله تع ثلثة انا خصمهم يوم القيمة رجل اعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فاكل ثمنه ورجل استاجر اجيرا فاستوفى منه ولم يعطه اجره ومعنى اعطى بي اعطى ذمته من الذمات ذكره في صحيح البخاري وقوله صلى الله عليه وسلم في الصحيح لعن الله الخمر الى ان قال وبائعها وفي الصحيحين لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها فاكلوا اثمانها وحديث ان الله تع اذا حرم شيا حرم ثمنه واما الاجماع فظاهر ثم المراد بالميتة التي يبطل العقد بها وعليها التي ماتت حتف انفها اما المنخنقة والموقوذة فهي وان كانت في حكم الميتة شرعا فانا نحكم بجوازها اذا وقعت بينهم لانها مال عندهم كالخمر كذا ذكره المص في التجنيس مطلقا عن الخلاف وفي جامع الكرخي يجوز بينهم عند ابي يوسف خلافا لمحمد وجه قول محمد رح ان احكامهم كاحكامنا شرعا الا العقد المستثنى بعقد الامان والذي استثنى الخمر والخنزير فيبقى ما سوى ذلك على الاصل واتفق الرواة عن ابي حنيفة ان بيع الاشربة المحرمة يجوز الا الخمر ومقتضاه جواز كل ما حرم شربه وثبوت الضمان على القولين فرع الاختلاف في جواز البيع وقوله في الذخيرة في المنخنقة ونحوها البيع فاسد لا باطل صحيح لانها وان كانت ميتة عندنا فهي مال عند اهل الذمة فيجب ان البيع فاسد فكانت كالخمر ثم الباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه اي في البيع الباطل يكون امانة عند بعض المشائخ وهو ابو نصر احمد الطواويسي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح ان العقد غير معتبر فبقي مجرد القبض باذن المالك وذلك لا يوجب الضمان وعند البعض كشمس الائمة السرخسي وغيره يكون مضمونا بالمثل او القيمة وهو قول الائمة الثلاثة لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة رح والثاني قولهما كالخلاف الكائن بينهم في ام الولد والمدبر اذا بيعا فماتا عند المشتري لا يضمنهما عند ابي حنيفة رح وعندهما يضمنهما والمقبوض على سوم الشراء هو المأخوذ ليشتري مع تسمية الثمن بلا ابرام بيع كان يقول اذهب بهذا فان رضيته اشتريته بعشرة فاذا هلك ضمن قيمته فاذا ضمن هذا مع انه لم يوجد فيه صورة العقد فلان يضمن فيما نحن فيه مع انه وجد ذلك اولى ولمن يذهب الى المروي عنه من عدم الضمان ان الضمان في المقبوض على سوم الشراء ان قلت انه عند صحة كون المسمى ثمنا كالدراهم على ما ذكرنا من قوله ان رضيته اشتريته بعشرة سلمناه وهو منتف في تسمية المحرم كالخمر وان قلت عند التسمية مطلقا منعناه فيجب تفصيل وهو انه ان كان البطلان لعدم مالية الثمن اصلا لا يضمن وان كان لعدم المبيع كما لو باعه على انه ياقوت فاذا هو زجاج بثمن صحيح دراهم مثلا فقبضه يصير مضمونا والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به اذا كان القبض باذن المالك باتفاق الروايات فيملكه ويصير مضمونا عليه بالمثل ان كان مثليا او القيمة وكذا اذا قبضه في مجلس العقد بغير اذنه على الصحيح وفي غير مجلس العقد لا يملكه وسياتي تمام هذه المسائل في احكام البيع الفاسد وكذا الخلاف في ان المملوك التصرف او العين ووجه لزوم القيمة وما عليه من الاشكال وقوله وما فيه اي في ثبوت الملك بالقبض في البيع الفاسد خلاف الشافعي رح وكذا مالك واحمد باعتبار ان الفاسد هو عندهم الباطل وسيبينه المص في فصل احكام البيع الفاسد اي يبين الوجه من الجانبين **قوله** وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب

قال وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لان المدبر وام الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما يثبت حكم الدخول فيما ضمه اليه كذا هذا

فاسد وهذا لفظ القدوري قال المص معناه باطل لان استحقاق الحرية بالعتق ثابت لكل منهم بجهة لازمة على المولى لقوله صلى الله عليه وسلم في ام الولد اعتقها ولدها واقل ما يقتضيه هذا اللفظ ثبوت استحقاقها العتق على وجه اللزوم وتصحيح التدبير شرعا والصحيح يوجب اعتبار التدبير سبب العتق في الحال لانتفاء اهلية الاعتاق عن السيد بعد موته والاجماع على عتقه بعده بذلك اللفظ فكان ذلك اللفظ سببا للعتق في الحال والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى حتى لا يملك فسخ الكتابة فلو ثبت الملك للمشتري بالبيع بطل ذلك كله فلا يجوز البيع وما لا يفيد الملك من البيع فهو باطل وذكر في الاصل حديث سعيد بن المسيب قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق امهات الاولاد من غير الثلث وقال لا يبعن في دين وحديث اعتقها ولدها تقدم في حديث الاستيلاد واذا كان اقل ما يوجبه هذا اللفظ ثبوت استحقاق الحرية على وجه لازم فالمجاز مراد فيه بالاجماع ولو رضي المكاتب ففيه روايتان والاظهر جواز بيعه وتنفسخ الكتابة في ضمنه لان اللزوم كان لحقه وقد رضي باسقاطه والمراد بالمدبر المدبر المطلق وتقدم خلاف الشافعي رح في جواز بيعه في كتاب العتاق اما المقيد فيجوز بيعه اتفاقا واستشكل حكم المص بان بيع المدبر واخويه باطل فانه يوجب كونهم كالحر ولو كانوا كالحر لبطل بيع القن اذا جمع مع مدبر او ام ولد او مكاتب كما اذا ضم الى حر وهو منتف بل يصح بيع القن ويلزم مشتريها حصته من الثمن المسمى واجيب بان المراد من قوله باطل انه لا يملك بالقبض كما لا يملك الحر وكان مثله فلو قال فاسد ظن انهم يملكون واما ملك القن المضموم اليهم فلدخولهم في البيع لصلاحيتهم لذلك الدليل جواز بيع المدبر عن نفسه ولذا لو قضى قاض بجواز بيعه نفذ وكذا ام الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف رح في اصح الروايتين وهذا الجواب ربما يوهم انه بيع فاسد ولكنه خص حكم الفاسد بعدم الملك بالقبض والحق انه لا حاجة الى الحكم بتخصيص فهو باطل وحكمه حكمه وجاز ان يختلف افراد نوع شرعي في الحكم الشرعي لخصوصيته فان قيل التخصيص لازم على كل حال فانه اذا كان فاسدا فلا يملك بالقبض فهو تخصيص وان كان باطلا فهو يدخل في البيع حتى ملك القن المضموم اليه وهذا تخصيص للباطل فليكن فاسدا مخصوصا من حكم الفاسد فلا حاجة الى تاويله بالباطل قلنا نحن لم ننف حكم الباطل لانه لا يدخل في العقد بوجه ليلزم تخصيصه ويتحد اللازم على تقدير تاويل الفاسد بالباطل وعدمه انما قلنا حكمه ان لا يملك بالقبض غاية الامر انه اتفق ان بعض ما هو مبيع بيع باطل يدخل في العقد كالمدبر وبعضه لا يدخل كالحر وحاصل السؤال فاسد لانه مغالطة لان قوله في الكبرى لو كان كالحر لم يملك القن المضموم اليه ممنوع وانما يلزم لو كان مثله من كل الوجوه وهو منتف فصار حاصل الصورة لو كان باطلا كان كالحر في بعض الوجوه ولو كان مثله في بعض الوجوه لم يملك القن المضموم ومع عدم الاستلزام ظاهر قوله وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا عليه قيمتهما للبائع وقولهما رواية عنه وفي النهاية ان الروايتين عنه في المدبر اما ام الولد فباتفاق الروايات عنه لا يضمن المشتري كما لا يضمن الغاصب قيمتها اذ لا تقوم لام الولد عنده وانما تضمن بالضمان الصبي الحر اذا غصب ومعناه انه اذا نقلها الى ارض مسبعة او كثيرة الحيات فماتت بنهش حية او افتراس سبع فيها الدية على عاقلة الغاصب كما هو في غصب الصبي بشرطه اما المدبر فيضمن في البيع والغصب على روايتها هذه لهما في ضمان المدبر وام الولد انهما مقبوضان بجهة البيع فيكونان مضمونين عليه بالقبض كسائر الاموال المقبوضة على سوم الشراء وهذا اي كونهما مقبوضين بجهة البيع بسبب انهما يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما مما يصح تملكه وتمليكه فاذا قبض بعد دخوله في العقد عليه وهو فيما يصح ان يباع في الجملة على ما ذكرناه من قريب فهو مقبوض بجهة البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه لانه حر يدا فلا يضمن بقبضه على احدى الروايتين اعني التي يبطل بيعه ان دخل تحت البيع اذا ضم اليه القن فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وقد يجعل المشار اليه بقوله وهذا كونهما مقبوضين بالقبض وما ضمنا اليه

قال ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد لانه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا اخذه ثم القاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك

احسن ان شاء الله تعالى لان المذكور بعده تعليل للمشار اليه وكونهما مضمونين بالقبض يصح تعليله بما قبله من كونهما مقبوضين بجهة البيع فيناسب كون التعليل لما لم يعلل اذا صلح له وهو صالح بل انصبابه ليس الا عليه فانه دعوى انه مقبوض بجهة البيع ببيان انه يدخل تحت البيع واما كونه مقبوضا فيفرض وقوعه حسا واما تفسير المقبوض بجهة البيع بانه المقبوض للمشتري بعد القبض ان وافقه فلو صح لزم ان يضمنا الا انهما لم يقبضا للمشتري بعد القبض ان وافقا بل قبضا بعد الموافقة وتمام البيع بزعمهما فالمذكور تفسير المقبوض على سوم الشراء فلا يكونان مقبوضين بجهة البيع فلا ضمان فالحق ان المقبوض اعم من ذلك وهو مما صدقات المقبوض بجهة البيع فالمقبوض بجهة البيع يصدق على المقبوض في البيع الصحيح والفاسد والباطل وعلى سوم الشراء وذلك التفسير يخص المقبوض على سوم الشراء وما نحن فيه ليس مقبوضا على سوم الشراء والا صار الاصل عين الفرع فالمقبوض على سوم الشراء هو الاصل فيما نحن فيه والمقبوض بالعقد الباطل هو الفرع الملحق وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقة البيع فيما يقبل حقيقته اي حقيقة حكمه وهو الملك لان ضمان القيمة في البيع انما هو تقابل بملك البيع فلا بد من اعتبار جهة البيع والملك يتصور هنا مع اعتبار جهته فيبقى مجرد قبض باذن المالك فلو اوجبنا ما كان عدوانا محضا بخلاف ضمان الغصب في المدبر عنده فانه لا يستدعي ذلك الاعتبار وكان بمجرد القبض بغير اذن المالك وهنا الاذن موجود ودخولهما في البيع ليس الا ليثبت حكمه فيما ضم اليهما فقط مع انتفاء المانع وهو عدم الصلاحية لما ذكرنا من ثبوتهما من قريب فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده ويدخل اذا ضم البائع اليه مال نفسه وباعهما له صفقة واحدة حيث يجوز البيع في المضموم بالحصة من الثمن المسمى على الاصح وان كان قد قيل انه لا يصح اصلا في شيء واذا قسم الثمن على قيمتي المضموم وام الولد والمدبر فاعلم ان قيمة ام الولد ثلث قيمتها قنة وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا وقيل نصفها وبه يفتى وتقدم كل ذلك في العتاق **قوله** ولا يجوز بيع السمك في الماء بيع السمك في البحر او النهر لا يجوز فان كانت له حظيرة فدخلها السمك فاما ان يكون اعدها لذلك اولا فان كان اعدها لذلك فما دخلها ملكه وليس لاحد ان ياخذه ثم ان كان يؤخذ بغير حيلة اصطياد جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم مثل السمكة في حب وان لم يكن يؤخذ الا بحيلة لا يجوز بيعه لعدم القدرة على التسليم عقيب البيع وان لم يكن اعدها لذلك لا يملك ما يدخلها فلا يجوز بيعه لعدم الملك الا ان تسد الحظيرة اذا دخل فحينئذ يملكه ثم ينظر ان كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه والا لا يجوز ولو لم يعدها لذلك ولكنه اخذه ثم ارسله في الحظيرة ملكه فان كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم او بحيلة لم يجز لانه وان كان مملوكا فليس بمقدور التسليم وقال ابو يوسف في كتاب الخراج رخص في بيع السمك في الآجام اقوام فكان الصواب عندنا في قول من كرهه حدثنا العلاء بن المسيب بن رافع عن الحارث العكلي عن عمر بن الخطاب قال لا تبايعوا السمك في الماء فانه غرر واخرج مثله عن ابن مسعود ومعلوم ان الاجمة قد يؤخذ منها السمك باليد والغرر الخطر وغير المملوك على خطر ثبوت الملك وعدمه فلا اقل من بيع الخطر **فروع** من مسائل التتمة حفر حفيرة فوقع فيها صيد فان كان اتخذها للصيد ملكه وليس لاحد اخذه وان لم يتخذها له فهو لمن اخذه نصب الشبكة للصيد فتعلق بها صيد ملكه فلو كان نصبها ليجففها من بلل فتعلق بها لا يملكه وهو لمن ياخذه الا ان ياتي فيحوزه ومثله اذا هيأ حجرة لتوقع الشاة فيه ملك ما يقع فيه ولو وقع في حجرة ولم يكن هيأه لذلك فلواحد ان يسبق فياخذه ما لم يكف حجره عليه وكذا من هيأ مكانا للسرقين فلا طرح فيه عند البعض وفي فتاوى الفضلي خلاف هذا قال اهل سكة يرمون في ساحة رجل الرماد والتراب والسرقين هو لمن يسبق سواء هيأ المكان له اولا اما النحل اذا عسل في ارض انسان فهو له بكل حال لانه ليس صيدا بل قائم بارضه كالشجر والزرع والبيض كالصيد وكذا الفرخ لا يملك الا

قال ولا بيع الطير في الهواء لانه غير مملوك قبل الاخذ وكذا لو ارسله من يده لانه غير مقدور التسليم ولا بيع الحمل
ولا النتاج لنهي النبي عليه السلام عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولان فيه غررا **قال** ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولانه يتنازع في كيفية الحلب
وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره **قال** ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم
لانها تزيد من اعلى وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح انه عليه السلام نهى
عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف رح في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه

باعداد المكان لذلك **قوله** ولا بيع الطير في الهواء لانه قبل اخذه غير مملوك وبعد اخذه وارساله غير مقدور التسليم عقيب العقد ثم لو قدر على التسليم بعد
ذلك لا يعود الى الجواز عند مشائخ بلخ وعلى قول الكرخي يعود وكذا عن الطحاوي وكذا الحكم فيما اذا جعل الطير ثمنا لان العين المجعولة ثمنا مبيع في حق
صاحبه وذكر التمرتاشي لو باع طيرا يذهب ويجئ كالحمام فالظاهر انه لا يجوز وفي فتاوى قاضي خان ان باع طيرا له يطير ان كان داجنا يعود الى بيته ويقدر
يقدر على اخذه بلا تكلف جاز بيعه والا فلا وقول المص فيما ياتي والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها لانه مقدور التسليم يوافقه **قوله** ولا بيع الحمل بسكون
الميم ما في البطن من الجنين ولا النتاج لما في الصحيحين والسنن عن ابن عمر رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حبل الحبلة وكان بيعا يتبايعه اهل
الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزور الى ان تنتج الناقة ثم ينتج الذي في بطنها وفي الموطا ان ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه قال لا ربو في الحيوان وانما
نهي عن الحيوان عن ثلاث عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة وانما بطل هذا البيع للغرر فعسى ان لا تلد تلك الناقة او تموت قبل ذلك واما باللفظ الذي ذكره
المص عن بيع الحبل وحبل الحبلة فغير معروف والملاقيح ما في الارحام جمع ملقوح والمضامين في الاصلاب وقيل بالعكس جمع مضمون من تضمنت الناقة ولدها اذ حملت
به الا انهم استعملوه بلا باء يقال ضمن الشئ اي تضمنه **قوله** ولا اللبن يجوز بالجر عطفا على المضاف اليه وتقدير المضاف والرفع على اقامته مقام المضاف
للغرر فلعله انتفاخ وبه قال الشافعي واحمد واجازه مالك اياما معلومة اذا عرف قدر حلابها وتكون تسليمه بالتخلية كبيع التمر على رؤس النخل وهو مردود
بالنهي عن بيع الغرر ولانه يتنازع في كيفية الحلب في الاستقصاء وعدمه وهو نزاع في التسليم والتسلم وما وضعت الاسباب الا لقطعه فبطل قول مالك
لذلك ولجواز ان يحدث لبن قبل الحلب فيختلط مال للبائع بمال المشتري على وجه يعجز عن التخليص **قوله** ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان
لانه يقوم به اولانه غير المقصود من الشاة فكان كالوصف من الذات وهو لا يفرد بالبيع ولانه ينبت من اسفل ساعة فساعة فيختلط المبيع بغيره بحيث يتعذر
التمييز بخلاف القوائم اي قوائم الخلاف لانها تزيد من اعلاها وتعرف ذلك بان توضع في مكان من القائمة علامة فانها بعد ذلك تصير اسفل ويرتفع
عنها راس القائمة ويرتفع غيرها ما يزيد من اسفل فالزائد يكون على ملك المشتري وقال الامام الفضلي الصحيح عندي ان بيع قوائم الخلاف لا يجوز لانه وان
كان ينمو من اعلاه فموضع القطع مجهول فهو كمن اشترى شجرة على ان يقطعها المشتري لا يجوز لجهالة موضع القطع وما ذكره من بيع الشجر ليس متفقا عليه بل هي
خلافية منهم من منعها اذ لابد في القطع من حفر الارض ومنهم من اجازها للتعامل بخلاف القصيل لانه يقلع فلا تنازع فجاز بيعه قائما في الارض قال المص وقد
صح انه صلى الله عليه وسلم نهى الخ وذلك ان الطبراني قال ثنا عثمان بن عمر الضبي قال ثنا حفص بن عمر الحوضي حدثنا عمر وبن فروخ ثنا
حبيب بن الزبير عن عكرمة عن ابن عباس رض قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تباع ثمرة حتى تطعم ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع
واخرجه الدارقطني والبيهقي عن عمر وبن فروخ قال الدارقطني وارسله وكيع عن عمر وبن فروخ ولم يذكر عن ابن عباس رض وهذا السند حجة وقول البيهقي تفرد برفعه
عمر وبن فروخ وليس بالقوي لا يضره فانه ان كان كما قال مرسل فالمرسل حجة كالمرفوع لكن الحق خلافه قال في تضعيف ابن فروخ فقد نقل الذهبي توثيق عمر وبن
فروخ عن ائمة الشان كابي داود وابن معين وابن حاتم والرفع زيادة وهي من الثقة مقبولة ورواه ابو داود في مراسيله عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم
ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه بسنده عن عكرمة عنه عليه الصلوة والسلام انه نهى ان يباع لبن في ضرع او سمن في لبن ورواه الدارقطني في سننه عن وكيع عن
عمر وبن فروخ عن حبيب بن الزبير عن عكرمة ان النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ ابن ابي شيبة وروى مرة موقوفا على ابن عباس رض في مراسيل ابي داود وكذا
رواه الشافعي رح قال اخبرنا سعيد بن سالم عن موسى بن عبيدة عن سليمان بن يسار عن ابن عباس انه كان ينهى عن بيع اللبن في ضروع الغنم والصوف

قال وجذع في السقف وذراع من ثوب ذكرا القطع او لم يذكراه لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة ايضا ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر او البذر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا وان شقهما واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اما الجذع فعين موجود قال وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لانه مجهول ولان فيه غررا قال وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لانه عليه السلام نهى عن المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرنا والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما اذا كانا موضوعين على الارض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رحمه الله يجوز فيما دون خمسة اوسق لانه عليه السلام نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهو ان يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق قلنا العرية العطية لغة وتاويله ان يبيع المعرى له ما على النخيل من المعرى بتمر مجذوذ وهو بيع مجازا لانه لم يملكه فيكون برا مبتداء

على ظهورها فعرف بذلك ان كل ما يبيع في غلافه لا يجوز كاللبن في الضرع واللحم في الشاة الحية او شحمها واليتها او اكارعها او جلودها او دقيقا في هذه الحنطة او سمنا في هذا اللبن ونحو ذلك من الاشياء التي في خلقتها لا يمكن اخذها وتسليمها الا بافساد الخلقة والحبوب في قشرها مستثنى من ذلك بما اسلفناه والذهب والفضة في ترابهما بخلاف جنسهما والله الموفق قوله وجذع من سقف بالجر اى لا يجوز بيع جذع من سقف وذراع من ثوب اى ثوب يضره القطع كالعمامة والقميص اما ما لا يضره القطع كالكرباس فيجوز وقول الطحاوى في اجر من حائط وذراع من كرباس او ديباج لا يجوز ممنوع في الكرباس او محمول على كرباس يتعيب اما ما لا يتعيب فيجوز كما يجوز بيع قفيز من صبرة وكذا لا يجوز بيع حلية من سيف او نصف زرع لم يدرك لانه لا يمكن تسليمه الا بقطع جميعه وكذا بيع فص خاتم مركب فيه ومثله نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه وذراع من خشبة للزوم الضرر في التسليم في كل ذلك واورد عليه انه ضرر التزمه البائع بالتزامه اجيب بانه التزم العقد ولا ضرر فيه ولا يخفى ما فيه وقول فخر الاسلام ان رضي فله ان يرجع فيبطل البيع الا ان يقطعه او يقلعه فيسلمه قبل نقض البيع فينقلب صحيحا كذلك فان الرجوع لا يمكنه مع الملزوم وهو التزام العقد بما فيه من الضرر واما ايراد المحاباة فدفع بانه ليس فيها استهلاك مال نعم يرد بيع الخباب التى لا تخرج الا بقلع الابواب على قول من اجازه والبعض قد منعه واجيب بان المتعيب الجدران دون الخباب وهذا يفيد ان المنظور اليه في المنع تعيب المبيع والكلام السابق يفيد انه تعيب غير المبيع وهو الظاهر والحق انه لا بد من سمع حاكم بمنع هذا او ما يلحق هذا به وهو المعول عليه وذلك هو الحديث السابق من نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع اللبن في الضرع والسمن في اللبن افاد ان المنع اذا كان لا يسلم المبيع الا بعيب فيه ضرر بغير المبيع فان اللبن يدخله ضرر تسليم الثمن واظهر من هذا ثبوت الاجماع على عدم جواز بيع اطراف الحيوان كيف شاء واليتها ورجلها وهو معلل بما يلزم في التسليم من الضرر على البائع في المبيع من ذبح الشاة فخرج بيع الخباب التى يحتاج في تسليمها الى هدم اكناف الابواب على من يصحح بيعها قوله ولو لم يكن معينا يعني الجذع والذراع لا يجوز لما ذكرنا من لزوم الضرر وللجهالة ومعلوم ان هذا فيما يتعيب بالتبعيض ويختلف بخلاف درهم من قطعة نقرة ولو قلع البائع الجذع وقطع الذراع يعود العقد صحيحا لزوال المفسد قبل نقض البيع ولو فعل بعد الفسخ لا يجوز وقوله بخلاف ما اذا باع النوى في التمر او البذر في البطيخ وكسرها وسلم البذر والنوى قبل الفسخ لا يعود صحيحا لان الفساد للغرر اذ في وجودهما احتمال وكان البيع بلا مبيع فوقع باطلا بخلاف الجذع فانه عين محسوسة قائمة وانما يفسد للزوم الضرر فاذا تحمله البائع وسلمه قبل الفسخ وقع التسليم في بيع صحيح لان الفرض ان البيع قائم لكن بوصف الفساد فاذا زال المفسد قبل زوال البيع صار العقد وقع بيعا بلا فساد وهو معنى الصحيح فهذا معنى قولهم انقلب صحيحا بخلاف الاول وقع باطلا وهو معنى المعدوم شرعا فليس هناك بيع قائم ليزول المبطل فيبقى بيعا بلا مبطل بل اذا زال المبطل بقي ملك المبيع بلا مانع من ايراد العقد الصحيح عليه وعدم المانع عن ايراد العقد الصحيح وايجاده ليس وجود البيع الصحيح ونوقض بعدم جواز البيع فيما اذا باع جلد شاة معينة او كرشها وسواد بطنها فذبحها واعطاه ذلك حيث لا ينقلب جائزا مع انه تحمل الضرر بالذبح اجيب بان المنع هناك لعلة اخرى غير لزوم الضرر في التسليم وهو كونه متصلا متضمنا له خلقة والنص يمنعه وهو النهي عن الصوف على الظهر واللبن في الضرع والسمن في اللبن وقد يقال لا اثر لذلك فيما فيه الكلام وهو انه اذا زال المانع بالذبح والفصل فان قيل بيعا وله بعد الفصل النهي عنه قبل الفصل وحين وقع وقع منهيا قلنا وكذا الجذع في السقف سواء قوله وضربة القانص بالرفع والجر على قياس ما تقدم وهو الصائد يقول بعتك ما يخرج من القاء هذه الشبكة مرة بكذا وقيل بالغين والياء الغائص قال في تهذيب الازهري نهى عن ضربة الغائص وهو الغواص يقول اغوص غوصة فما اخرجته من اللآلي فهو لك بكذا وهو بيع باطل لعدم ملك البائع في المبيع فيما يقع له قبل العقد وكان غررا او لجهالة ما يخرج قوله وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لانه صلى الله عليه وسلم

قال ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة والمنابذة وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو ان يتراوض الرجلان على سلعة اى يتساومان فاذا لمسها المشترى اونبذها اليه البائع او وضع المشترى عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثانى بيع المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى النبى عليه السلام عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر

عن بيع المزابنة فى الصحيحين من حديث جابر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة والمحاقلة وزاد مسلم فى لفظ وزعم جابر ان المزابنة بيع الرطب فى النخل بالتمر كيلا والمحاقلة فى الزرع على نحو ذلك بيع الزرع القائم بالحب كيلا واخرج البخارى عن انس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمخابرة والملامسة والمنابذة والمزابنة وقول المصنف بمثل كيله خرصا الخرص الحزر وكذا العنب بالزبيب لا يجوز ومعنى النهى انه مال الربا فلا يجوز بيعه بجنسه مع الجهل بتساويهما كما لو كانا موضوعين على الارض وقال الشافعى رح تجوز المزابنة بالتفسير الذى ذكرنا فيما دون خمسة اوسق لما فى الصحيحين من حديث ابى هريرة رض انه صلى الله عليه وسلم رخص فى بيع العرايا وفى الصحيحين ايضا عن ابن عمر عن زيد بن ثابت رخص عم فى بيع العرايا ان تباع بخرصها وفى لفظ رخص فى العرية ان يأخذ بمثل خرصها تمرا ياكلها رطبا ووافق الشافعى واحمد فى ذلك الا انه لم يبحها الا لضرورة قال الطحاوى جاءت هذه الآثار وتواترت فى الرخصة فى بيع العرايا فقبلها اهل العلم جميعا ولم يختلفوا فى صحتها ولكنهم تنازعوا فى تاويلها فقال قوم العرايا ان تكون له النخلة او النخلتان فى وسط النخل الكثير لرجل آخر قالوا وكان اهل المدينة اذا كان وقت الثمار خرجوا باهليهم الى حوائطهم فيجيء صاحب النخلة او النخلتين فيضر ذلك بصاحب النخل الكثير فرخص صلى الله عليه وسلم لصاحب الكثير ان يعطيه خرص ما له من ذلك تمرا لينصرف هو واهله عنه وروى هذا عن مالك قال الطحاوى وكان ابو حنيفة يقول فيها سمعت احمد بن ابى عمران يذكر انه سمع من محمد بن سماعة عن ابى يوسف عن ابى حنيفة قال معنى ذلك عندنا ان يعرى الرجل الرجل نخلة من نخله فلا يسلم ذلك اليه حتى يبدو له فرخص له ان يحبس ذلك ويعطيه مكانه بخرصه تمرا قال الطحاوى وهذا التاويل اشبه واولى مما قال مالك لان العرية انما هى العطية الا ترى الى الذى مدح الانصار كيف مدحهم اذ يقول ليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا فى السنين الجوائح اى انهم كانوا يعرون فى السنين الجوائح اى يهبون ولو كانت كما قال مالك كانوا ممدوحين بها اذا كانوا يعطون كما يعطون الحوائط على مالك قول ابى حنيفة رح هكذا حكاه عنه محققوا مذهبه واستدل عليه بان العرية مشهورة بين اهل المدينة متداولة بينهم كذلك ثم على قولهم تكون العرية معناها النخلة ولا يعرف ذلك فى اللغة وتخصيص ما دون خمسة اوسق لانهم كانوا يعرون هذا المقدار وما قرب منه ومعنى الرخصة هو رخصته ان يخرج من اخلاف الوعد الذى هو ثلث النفاق باعطاء هذا التمر خرصا وهو غير الموعود دفعا للضرر عنه وكون اخلاف الوعد الذى ثلث النفاق نقل عن عبد الله بن عمرو بن العاص انه حين حضرته الوفاة قال زوجوا ابنتى من فلان فانه كان سبق اليه منى شبه الوعد فلا القى الله بثلث النفاق وعلم ثلثا لحديث عنه صلى الله عليه وسلم علامة المنافق ثلث ان حدث كذب وان وعد اخلف وان اؤتمن خان واما ما ذكر من تاويل العرية الام موفق الدين روى محمود بن لبيد قال قلت لزيد بن ثابت ما عراياكم هذه فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الرطب ياتى ولا نقد بايديهم يتبايعون به رطبا ياكلون وعندهم فضول من التمر فرخص لهم ان يتبايعوا العرية بخرصها من التمر ياكلونه رطبا وقال متفق عليه فقد وهم فى ذلك فان هذا ليس فى الصحيحين بل ولا فى السنن ولا فى شيء من الكتب المشهورة قال الامام الزيلعى مخرج الحديث ولم اجد له سندا بعد الفحص البالغ ولكن الشافعى رح ذكره فى كتابه فى باب العرايا من غير اسناد **قوله** ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة الى قوله وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم الخ فى الصحيحين من حديث ابى هريرة رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة زاد مسلم اما الملامسة فان يلمس كل منهما ثوب صاحبه بغير تامل فيلزم اللامس البيع من غير خيار له عند الرؤية وهذا بان تكون مثلا فى ظلمة ويكون مطويا مرئيا يتفقان على انه اذا لمسه فقد باعه منه وفساده لتعليق التمليك على انه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس والمنابذة ان ينبذ

قال ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار في ان يأخذ ايهما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بفروعه
قال ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها المراد الكلأ اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث واما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا اولى

كل واحد منهما ثوبه الى الآخر ولم ينظر كل واحد منهما الى ثوب صاحبه على جعل النبذ بيعا وهذه كانت بيوعا يتعارفونها في الجاهلية وكذا القاء الحجر الذي يلقى حصاة وثمة اثواب فاي ثوب وقع عليه كان هو المبيع بلا تأمل ولا روية ولا خيار بعد ذلك ولا بد ان يسبق تراوضهما على الثمن ولا فرق بين المبيع معيبا فاذا تراوضا فالقاه اليه البائع لزم المشتري فليس له ان لا يقبل او غير معين كما ذكرناه ومعنى النهي كل من الجهالة وتعليق التمليك بالخطر فانه في معنى اذا وقع حجري على ثوب فقد بعته منك او بعتنيه بكذا واذا نبذته او لمسته والتساوم تفاعل من السوم سام البائع السلعة عرضها للبيع وذكر ثمنها وسامها المشتري بمعنى استامها سوما ومنه لا يسوم الرجل على سوم اخيه اي لا يطلب البيع ويراوض فيه حال مراوضة اخيه فيه لانه بمعنى الاشتراء كما قيل بل نهيه عن السوم يثبت الزاما فانه اذا نهى عن التكلم في الشراء فكيف بحقيقة الشراء **قوله** ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع الا ان يكون على هذا الوجه وهو ان يقول بعتك واحدا منهما على انك بالخيار تأخذ ايهما شئت فانه يجوز استحسانا وتقدم ذكرها بفروعها في خيار الشرط **قوله** ولا يجوز بيع المراعي ثم فسرها بالكلأ دفعا لوهم ان يراد مكان الرعي فانه جائز ولا اجارتها اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه اشتراك اباحة لا ملك ولانه لا يحصل به للمشتري فائدة فان المقصود من الملك يحصل بلا بيع اذ يتملكه بدونه بالحديث الذي رواه ابو داود في سننه في البيوع عن حريز بن عثمان عن ابي فراش عن حبان بن زيد عن رجل من الصحابة رض قال غزوت مع النبي صلى الله عليه وسلم ثلثا اسمعه يقول المسلمون شركاء في ثلاث في الماء والكلأ والنار ورواه احمد في مسنده وابن ابي شيبة واسند ابن عدي في الكامل عن احمد وابن معين انهما قالا في حريز ثقة وجهالة الصحابي لا تضر ومعنى الشركة في النار الاصطلاء بها وتجفيف الثياب يعني اذا اوقد رجل نارا فلكل ان يصطلي بها اما اذا اراد ان يأخذ الجمر فليس له ذلك الا باذن صاحبه كذا ذكره القدوري ومعناه في الماء الشرب وسقي الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والانهار المملوكة وفي الكلأ ان له احتشاشه وان كان في ارض مملوكة غير ان لصاحب الارض ان يمنع من الدخول في ارضه واذا منع فلغيره ان يقول ان لي في ارضك حقا فاما ان توصلني اليه او تحشه او تستقي وتدفعه لي وصار كثوب رجل وقع في دار رجل اما ان يأذن للمالك في دخوله ليأخذه واما ان يخرجه اليه اما اذا احرز الماء بالاستقاء في آنية والكلأ بقطعه جاز حينئذ بيعه لانه بذلك ملكه وظاهر ان هذا اذا نبت بنفسه فاما لو كان سقى الارض واعدها للانبات فنبت ففي الذخيرة والمحيط والنوازل يجوز بيعه لانه ملكه وهو مختار الصدر الشهيد وكذا ذكر في اختلاف ابي حنيفة وزفر نبت الكلأ بانباته جاز بيعه وكذا لو حدق حول ارضه وهيأها للانبات حتى نبت القصب صار ملكا له ولا يجوز بيع كماة في ارضه قبل ان يقلعها ولا ماء وقال القدوري لا يجوز بيع الكلأ في ارضه وان ساق الماء الى ارضه ولحقته مؤنة لان الشركة فيه ثابتة وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى ارضه ليس بحيازة والاكثر على الاول الا ان على هذا القائل ان يقول ينبغي ان حافر البئر يملك بناءها ويكون بتكلفه الحفر والطي لتحصيل الماء يملك الماء كما يملك الكلأ بتكلفه سوق الماء الى الارض لينبت فله بيع المستنبت فان لم يكن في ارض مملوكة له ثم الكلأ ذكر الحلواني عن محمد انه ما ليس له ساق وماله ساق ليس كلأ وكان الفضلي يقول هو ايضا كلأ وفي المغرب هو كل ما رعته الدواب من رطب ويابس وهو واحد الاكلاء واما الاجارة فلانها لو صحت ملك بها الاعيان وحكمها ليس الا تملك المنافع نعم اذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق كالصبغ واللبن في استئجار الظئر فيملك بعد اقامة العمل تبعا اما الا ابتداء فلا وكذا لو استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز مع انها عقدت على استهلاك عين مملوكة فهذا اولى لانها على استهلاك عين غير مملوكة وهل الاجارة فاسدة او باطلة ذكر في الشرب انها فاسدة حتى يملك الآجر الاجرة بالقبض وينفذ عتقه فيه وقيل لبن الآدمية انه في حكم المنفعة شرعا بدليل ان عينه لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه والحيلة في ذلك ان يستأجر ارضا

قال ولا يجوز بيع النحل عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي رح لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي رح ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة رح لانه من الهوام وعند ابي يوسف رح يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له وعند محمد رح يجوز كيف ما كان لكونه منتفعا به ولا يجوز بيع بيضه عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل ابو يوسف رح مع ابي حنيفة رح كما في دود القز والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها لانه مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع الآبق لنهي النبي عليه السلام عنه ولانه لا يقدر على تسليمه الا ان يبيعه من رجل زعم انه عنده لان المنهي بيع آبق مطلق وهو ان يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ولانه اذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده وكان اشهد عند اخذه لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن ابي حنيفة رح انه يتم العقد اذا لم يفسخه لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا ابق بعد البيع هكذا يروى عن محمد رح

ليضرب فيها قسطاطه وليجعله حظيرة لغنمه ثم يستبيح المرعى فيحصل مقصودها **قوله** ولا يجوز بيع النحل عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي لانه منتفع به حقيقة وشرعا مقدور التسليم اذا كان محرزا فيجوز بيعه واذا كان لا يؤكل كالبغل والحمار يجوز بيعهما وان لم يؤكل للانتفاع بهما والقدرة على تسليمهما ولابي حنيفة وابي يوسف رح انه من الهوام فلا يجوز بيعه كما لا يجوز بيع الوزغ والعقرب والزنبور والحية وهذا لانه هو في نفسه من الهوام لانه غير منتفع به وانما الانتفاع بما يتولد منه لا بعينه بخلاف الجحش لانه ينتفع به في ثاني الحال فقبل الحدوث ما يتولد منه لا ينتفع به بل هو في نفسه هامة من الهوام ولذا قال في الجامع الصغير ان وجد بها عيبا لم يرد اشارة الى ان النحل لا قيمة لها حتى لو باعه تبعا لكوارة فيها عسل وهو فيها جاز ذكر الكرخي كالشرب والطريق وقال القدوري انه حكى عن ابي الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع تبعا ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن ابي يوسف رح والتبعية لا تنحصر في الحقوق كالمفاتيح فالعسل تابع للنحل في الوجود والنحل تابع له في المقصود بالبيع والكوارة بضم الكاف وتشديد الواو عسل النحل اذا سوي من طين وفي التهذيب كوارة النحل مخففة وفي المغرب بالكسر من غير تشديد وقيد الزمخشري بفتح الكاف وفي الغريبين بالضم **قوله** ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة رح لانه من الهوام وعند ابي يوسف رح يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له واجاز بيع بذر القز الذي يكون منه الدود وعند محمد رح يجوز كيف ما كان لكونه منتفعا به واجاز السلم فيه كيلا اذا كان وقته وجعل منتهى الاجل في وقته وجوابه ما تقدم في المسئلة قبلها وهو ان المنتفع به ما يخرج منه فقبله يكون غير منتفع به والكلام في بيعه ح والوجه قول محمد رح للعادة والضرورة وقد ضمن محمد رح متلف كل من النحل ودود القز وفي الخلاصة في بيعهما قال الفتوى على قول محمد رح ثم لا يخفى ان محمدا انما سبب اصله في مسئلة بيع النحل في القول بجوازه وابو حنيفة رح كذلك في قوله بعدمه واما ابو يوسف رح فيجب ان يقول مثله في النحل وما قدمه المص في النحل عن الكرخي من جوازه اذا بيع تبعا للكوارة ظاهره انه يجوز باتفاق ح وعلى هذا يجب ان لا يختلف ابو حنيفة رح مع ابي يوسف رح في دود القز بل يقولان معا ان كان وحده لا يجوز لانه من الهوام وان كان تبعا للقز فيقولان بالجواز فيهما فلا معنى لافراد ابي حنيفة رح في هذه وقران ابي يوسف رح معه في تلك ولا الاتفاق على عدم جواز بيع ما سواهما من الهوام كالحيات والعقارب والوزغ والعضاية والقنافذ والجعل والضب فلا يجوز بيع شيء من البحر الا السمك كالضفدع والسرطان والسلحفاة وفرس البحر وغير ذلك وقال محمد رح اذا كان الدود وورق التوت من واحد والعمل من آخر على ان يكون القز بينهما نصفين او اقل او اكثر لا يجوز وكذا لو كان العمل منهما وهو بينهما نصفان وفي فتاوى الولوالجي امرأة اعطت امرأة بذر القز وهو بذر الفيلق بالنصف فقامت عليه حتى ادرك فالفيلق لصاحبة البذر لانه حدث من بذرها ولها على صاحبة البذر قيمة الاوراق واجر مثلها ومثله اذا دفع بقرة الى آخر يعلفها ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف واجرة مثله وعلى هذا اذا دفع الدجاج ليكون البيض بالنصف **قوله** والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها اما اذا كانت في بروجها ومخارجها مسدودة فلا اشكال في جواز بيعها واما اذا كانت في حال طيرانها ومعلوم بالعادة انها تجيء فكذلك لان المعلوم عادة كالواقع فكان مملوكا مقدور التسليم وتجويز كونها لا يعود او عروض عدم عودها لا يمنع جواز البيع كتجويز هلاك المبيع قبل القبض فانه لا يمنع جواز البيع ثم اذا عرض الهلاك انفسخ كذا هنا اذا فرض وقوع عدم المعتاد من عودها قبل القبض انفسخ وصار كالظبي المرسل في برفانه يجوز وان جاز ان لا يعود **قوله** ولا يجوز بيع الآبق اذا لم يكن عند المشتري لا يجوز بيعه باتفاق الائمة الاربعة ويجوز عتقه غير انه اذا اعتقه عن كفارة اشترط العلم بحياته ويجوز هبته لابنه الصغير او اليتيم في حجره بخلاف البيع لانه الصغير حيث لا يجوز لان شرطه

قال ولا بيع لبن امرأة في قدح وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل يتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حياة في اللبن

القدرة على التسليم عقيب البيع وهو منتف وما بقي له من اليد يصلح لقبض الهبة ولا يصلح لقبض البيع لانه قبض بازاء مال مقبوض من مال الابن وهذا قبض ليس بازاء مال يخرج من مال الولد فكيف تملك اليد له نظرا للصغير فانه لو عاد عاد على ملك الصغير ولهذا اجزنا بيعه ممن ذكر انه في يده لثبوت التسليم والمقصود من القدرة على التسليم ثبوت التسليم فاذا كان ثابتا حصل المقصود بخلاف ما لو جاء المشتري برجل معه وقال عبدك الآبق عند هذا فبعنيه وانا اقبضه منه واعترف ذلك الرجل لا يجوز بيعه لان تسليمه فعل غيره وهو لا يقدر على فعل غيره فلا يجوز واذا جاز بيعه هل يصير قابضا في الحال حتى لو رجع فوجده هلك بعد وقت البيع تم القبض والبيع ان كان حين قبضه اشهد انه قبض هذا ليرده على مالكه لا يصير قابضا لان قبضه هذا قبض امانة حتى لو هلك قبل ان يصل الى سيده لا يضمنه وقبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع فان هلك قبل ان يرجع اليه انفسخ البيع ورجع بالثمن وان لم يشهد يصير قابضا لان قبضه اذا لم يشهد قبض غصب وهو قبض ضمان كقبض البيع ولو عاد من اباقه وقد باعه ممن ليس عنده هل يعود البيع جائزا اذا سلمه فعلى ظاهر الرواية لا يعود صحيحا وهو مروي عن محمد كما اذا باع خمرا فتخلل قبل التسليم او باع طيرا في الهواء ثم اخذه لا يعود صحيحا وهذا يفيد ان البيع باطل وهو مختار مشايخ بلخ والثلجي لان وجود الشرط يجب كونه عند العقد وفي رواية اخرى عن محمد وهو رواية عن ابي حنيفة يجوز لقيام المالية والملك في الآبق واذا صح عتقه فكان كبيع المرهون اذا افتكه قبل الخصومة وفسخ القاضي البيع وبه اخذ الكرخي وجماعة من المشايخ حتى اذا امتنع البائع من تسليمه او المشتري من قبوله اجبر على ذلك لان صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجد قبل الفسخ بخلاف ما اذا رجع بعد ان فسخ القاضي البيع وتخاصما فانه لا يعود صحيحا اتفاقا وهذا يقتضي ان البيع فاسد فالحق ان اختلاف الرواية والمشايخ فيه بناء على الاختلاف في انه باطل او فاسد فانك علمت ان ارتفاع المفسد في الفاسد يرده صحيحا لان البيع قائم مع الفساد وارتفاع المبطل لا يرجع لان البيع لم يكن قائما بصفة البطلان بل معدوما فوجه البطلان عدم القدرة على التسليم ووجه الفساد قيام المالية والملك والوجه عندي كون عدم القدرة على التسليم مفسدا لا مبطلا وهذا مما يخرج فيه الخلاف فانهم اختلفوا في بيع الطير في الهواء وان كان اخذه ثم ارسله فانه لا يخرج عن ملكه وقد اختلفوا فيما لو اخذه بعد بيعه وسلمه فطائفة مع الكرخي يعود جائزا والبلخيون لا يعود جائزا فيا ضرورة ان من قال بالجواز قائل بانه فاسد مع عدم القدرة على التسليم وقول من قال المحلية كونه مالا مملوكا مقدور التسليم ان عنى محلية البيع الصحيح فنعم والا فلا بل محل البيع المال المملوك للبائع او غيره فان كان له فنافذا ولغيره فموقوف والنافذ اما صحيح ان كان مبيعه مقدور التسليم وليس فيه شرط فاسد والا ففاسد واما حديث النهي عن بيع الآبق فروى اسحق بن راهويه اخبرنا سويد بن عبد العزيز الدمشقي قال ثنا جعفر بن الحارث او الاشهب الواسطي قال حدثني من سمع محمد بن ابراهيم التيمي عن ابي سعيد الخدري ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء ما في بطون الانعام حتى تضع وعن بيع ما في ضروعها وعن بيع العبد وهو آبق ورواه ابن ماجه بسند فيه جهضم بن عبد الله عن محمد بن ابراهيم عن محمد بن زيد العبدي عن شهر بن حوشب عن ابي سعيد الخدري يرفعه الا انه قال وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء المغانم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة القانص وشهر مختلف فيه وقال ابو حاتم ان محمد بن ابراهيم مجهول ومع قيل فيه انقطاع ايضا وعلى كل حال فالاجماع على ثبوت حكمه دليل على ان هذا المضعف بحسب الظاهر صحيح في نفس الامر قوله ولا بيع لبن امرأة في قدح هذا القيد لبيان منع بيعه بعد انفصاله عن محله فانه لا يكون في قدح الا بعد انفصاله اما عين القدحية فليس قيدا بل سائر الاواني سواء وانما هو قيد باعتبار لازمه وهو انفصاله عن مقره كيلا يظن ان امتناع بيعه ما دام في الضرع كغيره على سائر احواله لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه وهو مذهب مالك واحمد وعند الشافعي يجوز لانه مشروب طاهر فيجوز بيعه ونحن نمنع انه مشروب مطلقا بل للضرورة حتى اذا استغنى عن الرضاع لا يجوز شربه والانتفاع به يحرم حتى منع بعضهم صب

قال ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى البيع ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي يوسف رح وعند محمد رح لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف ان الاطلاق للضرورة فلا تظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع به لان الآدمي مكرم لا مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن

في العين الرمدة وبعضهم اجازه اذا عرف دواء عند البرء وتقول هو جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة ولبن الامة وعن ابي يوسف انه يجوز في لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على كلها فيجوز على جزئها قلنا الجواز يتبع المالية ولا مالية للانسان الا اذا كان محلا للرق وهو الحي ولا حياة في اللبن ولان العتق قوة شرعية حاصلها قدرة تثبت له شرعا على تصرفات شرعية ترد على الرق فترفعه فلا بد من اتحاد محلها وليس اللبن محل تلك القدرة فان قيل اجزاء الآدمي مضمونة فيجب كون اللبن كذلك يضمن بالاتلاف اجيب بمنع ضمان اجزائه مطلقا بل المضمون ما ينتقص من الاصل حتى لو نبتت سن قلعت لا ضمان الا ان تستوفي بالوطء فانه مضمون وان لم ينتقص شيئا تغليظا لامر البضع فجعل ما يستوفى بالوطء في حكم النفس بخلاف من جز صوف شاة فانه يضمن وان نبت غيره وباتلاف اللبن لا ينتقص شيء من الاصل ولان حرمة المصاهرة تثبت بشربه ففي اشاعته ببيعه فتح لباب فساد الانكحة فانه لا يقدر على ضبط المشترين والبائعين فيشيع فساد الانكحة بين المسلمين وهذا وان كان يندفع اذا كانت حرمته شرعية شائعة بالدار فيعلم ان شراءه ليس لا لمنفعة اخرى كشراء الامة المجوسية بعد اشتهار حرمة وطئها شرعا لكنهم يجيزون شربه للكبير هذا وقد اسند الفقيه ابو الليث الى محمد بسند متصل قال سمعنا الفقيه ابا جعفر يقول سمعت الفقيه ابا القاسم احمد بن جم قال قال نصير بن يحيى سمعت الحسن بن سيعوب يقول سمعت محمد بن الحسن يقول جواز اجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها لانه لما جازت الاجارة ثبت ان سبيله سبيل المنافع وليس سبيله سبيل الاموال لانه لو كان مالا لم يجز اجارة الظئر الا ترى ان رجلا لو استأجر بقرة على ان يشرب لبنها لم تجز الاجارة فلما جاز اجارة الظئر ثبت ان لبنها ليس بمال واما المصنف فانما علل المنع بان الآدمي مكرم بجميع اجزائه فلا يستبذل بالبيع وسيأتي باقيه **قوله** ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له واورد عليه انه جعل البيع هناك في لبن المرأة اهانة مانعة من جواز البيع للزوم الاكرام والبيع ينفيه وجعله في مسئلة بيع الخمر والخنزير اعزازا فبطل للزوم الاهانة شرعا والبيع اعزاز وهذا تناقض الجواب ان الفعل الواحد قد يكون بالنسبة الى محل اهانة وبالنسبة الى آخر اكراما مثلا لو امر السلطان بعض سائس الدواب ان يلازم الوقوف بالحضرة مع الواقفين كان غاية الاكرام له ولو امر القاضي بذلك كان غاية الاهانة له فالخمر والخنزير في غاية الاهانة شرعا فلو جعل مبيعا مقابلا ببدل معزز كالدراهم والثياب كان غاية اكرامه والآدمي مكرم شرعا وان كان كافرا فايراد العقد عليه وابتذاله به والحاقه بالجمادات اذلال له هذا وتعليل المصنف بالنجاسة لمنع البيع يرد عليه بيع السرقين فالمعول على التعليل بالانتفاع والحاجة اليه مع امكان وجود مباح الاصل فلا تنافي ثم يجوز الانتفاع به للخرز فان الخرازين لا يتأتى لهم ذلك العمل بدونه وهو يوجد مباح الاصل فلا حاجة الى بيعه فلم يكن بيعه في محل الضرورة حتى يجوز وعلى هذا قال الفقيه ابو الليث فلو لم يوجد الا بالشراء جاز شراؤه لشمول الحاجة اليه وقد قيل ايضا ان الضرورة ليست ثابتة في الخرز بل يمكن ان يقام بغيره وقد كان ابن سيرين لا يلبس خفا خرز بشعر الخنزير فعلى هذا لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به وروى ابو يوسف كراهة الانتفاع به لان ذلك العمل يتأتى بدونه كما ذكرنا الا ان يقال ذلك فرد تحمل مشقة في خاصة نفسه فلا يجوز ان يلزم العموم حرجا مثله ثم قال ابو يوسف انه لو وقع في ماء قليل افسده وعند محمد لا ينجس به لان حل الانتفاع به دليل طهارته والصحيح قول ابي يوسف لان حكم الضرورة لا يتعدى ما وهي في الخرز فتكون بالنسبة اليه فقط كذلك وما ذكر في بعض المواضع من جواز صلاة الخرازين مع شعر الخنزير وان كان اكثر من قدر الدرهم ينبغي ان يتخرج على القول بطهارته في حقهم اما على قول ابي يوسف فلا وهو الوجه فان الضرورة لم تدعهم الى ان يعلق بهم بحيث لا يقدرون على الامتناع عنه ويجتمع في ثيابهم هذا المقدار **قوله** ولا يجوز بيع شعور الانسان مع قولنا بطهارته ولا الانتفاع به لان الآدمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا ومبتذلا وفي بيعه اهانة له وكذا في امتهانه بالانتفاع وقد قال صلى الله عليه وسلم

قال ولا بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانه غير منتفع به قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما مر في كتاب الصلوة ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلوة ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحيوة وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رح وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشائخ بلخ رح لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما نذكره في كتاب الشرب

فيما ثبت عنه في الصحيحين لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة والواصلة هي التي تصل الشعر بشعر النساء والمستوصلة المعمول بها باذنها ورضاها وهذا اللعن للانتفاع بما لا يحل للانتفاع به الا ترى الى انه رخص في اتخاذ القراميل وهو ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون النساء للتكثير فظهر ان اللعن ليس للتكثير مع عدم الكثرة ولا لمنع القراميل ولا شك ان الزينة حلال قال تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده فلولا لزوم الاهانة بالاستعمال لحل وصلها بشعور النساء ايضا وفي الحديث لعن الله النامصة والمتنمصة ايضا والنامصة هي التي تنتف الحاجب لترقه والمتنمصة التي يفعل بها ذلك قوله ولا بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانها غير منتفع بها قال صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا من الميتة باهاب وتقدم في الصلوة تخريجه وتقريره ولا خلاف في هذا فان قيل نجاستها ليس الا لما يجاورها من الرطوبات النجسة فهي متنجسة فكان ينبغي ان يجوز بيعها كالثوب النجس اجيب بان النجس فيها باعتبار اصل الخلقة فما لم يزل فهي كعين الجلد فعلى هذا يكون الجلد نجس العين بخلاف الثوب والدهن النجس فان النجاسة فيه عارضة فلا يتغير به حكم الثوب بما فيه وهذا السوال ليس في تقرير المص ما يرد عليه ولا يحتاج الى الجواب عنه فانه ما علل المنع الا بعدم الانتفاع به وانما يرد على من علل بالنجاسة ولا ينبغي ان يعلل بها لبطلان بيع اصلا فان بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع وهو عدم المالية فان بيع السرقين جائز وهو نجس العين للانتفاع به كما ذكرنا واما جواز بيعها بعد الدباغة فلحل الانتفاع رح شرعا والحكم بطهارتها يا ده ثبتت شرعا على خلاف الكلب في طهارة جلد الميتة بالدباغة وتقدم في الصلوة ويجوز بيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وشعرها ووبرها وريشها ومنقارها وظلفها وحافرها فان هذه الاشياء طاهرة لا يحلها الحيوة ولا يحلها الموت وتقدم في الصلوة قوله والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد فيكون في حكمه عند ابي حنيفة وابي يوسف هو على ان سائر السباع نجس السور واللحم لا العين فيجوز بيع عظمه والانتفاع به في الحمل والمقاتلة والركوب وكان كالكلب يجوز الانتفاع به قيل وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى لفاطمة سوارين من عاج وظهر استعمال الناس له من غير نكير ومنهم من حكى اجماع العلما على جواز بيعه وفي البخاري قال الزهري في عظام الميتة نحو الفيل وغيره ادركت ناسا من سلف العلما يمتشطون بها ويدهنون فيها لا يرون باسا وقال ابن سيرين وابراهيم لا باس بتجارة العاج وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة منع بيع القرد وروى الحسن عنه انه يجوز بيعه وهو المختار لانه مما ينتفع به في بعض الاشياء قوله واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان المبيع ح ليس الا حق التعلي وحق التعلي ليس بمال لان المال عين يمكن احرازها وامساكها ولا هو حق متعلق بالمال بل هو حق متعلق بالهوى والهوى ما لا يباع والمبيع لا بد ان يكون احدهما وقول المص والمال هو المحل للبيع تساهل او تنزيل للمتعلق بالمال منزلة المال بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات فيما اذا كان الشرب شرب تلك الارض اما اذا باع ارضا مع شرب غيرها ففي صحته اختلاف المشائخ والصحيح انه لا يجوز واما بيعه منفردا كبيع الشرب يوما او يومين حتى تزداد نوبته فجوزه مشائخ بلخ كابي بكر الاسكاف ومحمد بن سلمة لان اهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم اليه والقياس يترك بالتعامل كما جوز السلم بالضرورة والاستصناع للتعامل ولانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب فانه قال فيه ادعى رجل شراء ارض بشربها بالف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادتهما لاختلافهما في مقدار ثمن الارض لان الذي زاد الشرب نقص من ثمن الارض لان بعض الثمن يقابل الشرب فصار كاختلافهما في مقدار الثمن وقيل لو باع ارضا بشربها فاستحق شربها يحط من الثمن نصيب الشرب واما ضمانه بالاتلاف وهو بان يسقي ارضه بشرب غيره فهو رواية

قال وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسئلة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق بين المسئلتين ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما واما المسيل فمجهول لانه لا يدرى قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على احديهما بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق اما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على احدى الروايتين ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبه المنافع اما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان

البزدوي وعلى رواية شيخ الاسلام لا يضمن وقيل يضمن اذا جمع الماء ثم اتلفه ولا يضمن قبل الجمع وصح فالالزام بين والمختلف فيه الى المختلف فيه فلا يلزم المخالف وعن الشيخ جلال الدين ابن المصنف انه قصر ضمانه بالاتلاف على ما اذا كان اشهد به لآخر ثم رجع بعد القضاء وقال لا وجه للضمان بالاتلاف الا بهذه الصورة لانه لو ضمن لغيرها فاما بالسقي او بمنع حق الشرب لا وجه الى الاول لان الماء مشترك بين الناس بالحديث ولا الى الثاني لان منع حق الغير ليس سببا للضمان بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد واما انه حظ من الماء فهو عين او شيء يتعلق بالعين فاورد عليه انه لو كان عينا ينبغي ان لا يجوز بيعه اذا لم يكن فيه ماء واجيب بانه انما جوز للضرورة وهو بعرضية وجوده كالسلم والاستصناع ثم بتقدير انه حظ من الماء فهو مجهول المقدار فلا يجوز بيعه وهذا وجه منع مشايخ بخارى بيعه مفردا قالوا وتعامل اهل بلدة واحدة ليس هو التعامل الذي يترك به القياس بل ذلك تعامل اهل البلاد ليصير اجماعا فالاستصناع والسلم لا يقاس عليهما والضرورة في بيع الشرب مفردا على العموم منتفية بل ان تحقق فحاجة بعض الناس في بعض الاوقات وبهذا القدر لا يخالف القياس فرع باع العلو قبل سقوطه جاز فان سقط قبل القبض بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض قوله وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل قال المص المسئلة تحتمل وجهين ان يكون المراد بيع رقبة الطريق والمسيل و ان يكون المراد بيع حق المرور الذي هو التطرق والتسييل فان كان الاول وهو بيع رقبة الطريق والمسيل اي مع اعتبار حق التسييل فوجه الفرق بينهما ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما فان بينه فلا اشكال في حق نفسه وان لم يبينه جاز ايضا وهو المراد بالمسئلة ههنا فانه يجعل مقدار باب الدار العظمى وطوله الى السكة النافذة اما المسيل فمجهول لانه لا يدرى قدر ما يشغله الماء ومن ههنا عرف ان المراد بالمسئلة ما اذا لم يبين مقدار الطريق والتسييل اما لو بين حد ما يسيل فيه الماء او باع الارض المسيل من نهر او غيره من غير اعتبار حق التسييل فهو جائز بعد ان تبين حدوده وان كان المراد الثاني وهو مجرد حق المرور والتسييل ففي بيع حق المرور مجردا روايتان على رواية الزيادات لا يجوز وبه اخذ الكرخي لجهالته وعلى رواية كتاب القسمة يجوز فانه قال دار بين رجلين فيها طريق لرجل آخر ليس له منعهما من القسمة ويترك الطريق مقدار باب الدار العظمى فانه لا حق له في غير الطريق فاذا بيعت الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الاصل بثلثي الثمن الطريق وصاحب الممر بثلث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤس لان صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع انتهى فقد جعل لحق المرور قسطا من الثمن فدل على جواز بيعه وهو قول عامة المشايخ واتفقت الروايات على ان بيع حق التسييل لا يجوز فوجه الفرق على احديهما اي وجه الفرق بين حق المرور وحق التسييل على الرواية المجيزة للبيع حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق اما التسييل فان كان على السطح فهو نظير حق التعلي وبيع حق التعلي لا يجوز باتفاق الروايات ومن وجه فساده وهو انه ليس حقا متعلقا بما هو مال بل بالهواء وفي هذا نظر فان ذلك اذا باع حق التعلي بعد سقوط العلو فانما يكون نظيرا اذا باع حق التسييل على السطح ولا سطح وان كان على الارض وهو ان يسيل الماء عن ارضه كيلا يفسدها فيمره على ارض لغيره فاعط حكمها فهو مجهول بجهالة محله الذي ياخذه الماء بقيت حاجة الى الفرق بين حق التعلي حيث لا يجوز وبين حق المرور حيث يجوز على رواية وانما يحتاج الى الفرق بانه علل المنع في حق التعلي بانه ليس بمال فيرد عليه ان حق المرور كذلك وقد جاز بيعه في رواية وفي كل منهما بيع الحق لا بيع العين هو ان حق المرور حق يتعلق برقبة الارض وهي مال هو عين فما يتعلق به يكون له حكم العين اما حق التعلي فحق يتعلق بالهواء وهو ليس بعين مال واما فرق المص بان حق التعلي يتعلق بالبناء وهو عين لا تبقى

قال ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتنى على الاصل الذي ذكرناه في النكاح وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب وفي مسئلتنا الذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس جنسان والوذاري والزندنيجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما

فاشبه المنافع بخلاف الارض فليس كذلك لان المبيع كما يرد على ما يبقى من الاعيان كذلك يرد على ما لا يبقى وان اشبه المنافع ولذا صحح الفقيه ابو الليث رواية الزيادات المانعة من جواز بيعه لان بيع الحقوق المجردة لا يجوز كالتسييل وحق المرور **قوله ومن اشترى الخ** اذا اشترى هذه الجارية بالف فظهرت غلاما فالبيع باطل ان ام اسبيع وبهذه واشالها يبتنى على الاصل الذي تقدم في المهر انه اذا اجتمع تسمية واشارة الى شيء كما ذكرنا من هذه الجارية حيث اشار الى ذات وسماها جارية فان كان المسمى مع المشار اليه جنسين مختلفين كانت العبرة للتسمية لان التسمية ابلغ في التعريف من الاشارة لان الاشارة تعرف الذات الحاضرة والتسمية تعرف الحقيقة المندرجة فيها تلك الذات وغيرها من ذوات لا تحصى معروفة عند العقل باشباههما تلك الذات وغيرها وخرج في مقام التعريف فيتعلق بالتعريف الابلغ وح يبطل العقد لعدم المبيع الذي هو المسمى كذا ذكره المص وهو الظاهر من قول محمد فانه عبر عنها بقوله لا بيع بينهما وقيل بل هو فاسد وان كانا من جنس واحد الا ان اختلافهما بالصفة فاحش كان ايضا كاختلاف الجنس فيكون البيع باطلا وان كان قليلا اعتبرت الاشارة فينعقد البيع لوروده على مبيع قائم الا انه ذكر فيه وصفا مرغوبا فيه فلم يجده المشتري فيثبت له الخيار وقول المص والفرق يبتنى على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد لا يريد ان الاصل مختلف فيه بل هو متفق عليه وانما ذكر محمد في خلافية في المهر مستدلا به على قوله فيما اذا تزوج على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فمن الجنسين كل ذكر مع انثى من بني آدم وان كانا متحدي الجنس المنطقي وهو الذاتي المقول على كثيرين مختلفين بمميز داخل فقد الحقا بمختلفيهما بخلاف الذكر والانثى من سائر البهائم غير الادمي فان البيع ينعقد ويثبت الخيار ونقل القدوري عن زفر انه جعل الذكر والانثى من بني آدم كالذكر والانثى من غيرهما فحكم بجواز البيع واجيب بالفرق لفحش اختلاف الاغراض منهما فالحقا بالجنسين فالغلام يراد لخدمة الخارج كالزراعة والتجارة والحراثة والانثى لخدمة الداخل كالعجن والطبخ والاستفراش بخلاف الغلام فكان اختلافهما كاختلاف الجنس بل ليس الجنس في الفقه الا المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منهما فاحشا فالجنسان ما يتفاوت منهما فاحشا بلا نظر الى الذاتي وهذا قول المص وهو المعتبر في هذا دون الاصل يعني المعتبر في انهما جنسان او جنس واحد تفاوت الاغراض تفاوتا بعيدا فيكون من اختلاف الجنس او قريبا فيكون من الجنس الواحد دون اختلاف الاصل يعني الذاتي ولذا قالوا الخل مع الدبس جنسان مع اتحاد اصلهما لفحش تفاوت الغرض منهما والوذاري والزندنيجي كذلك كذلك والوذاري بفتح الواو وكسرها واعجام الذال ثم راء مهملة نسبة الى وذار قرية من قرى سمرقند والزندنيجي بزاء ثم نون ثم دال مهملة ثم نون ثم ياء ثم جيم نسبة الى زندنة بفتح الزاي والنون الاخيرة والجيم زيدت على خلاف القياس مع اتحاد اصلهما هكذا ذكر المص عن المشايخ وما ذكر لابي حنيفة في باب المهر يقتضي انه اعتبر الخل مع الخمر جنسا واحدا ومقتضاه ان يعتبر الخل مع الدبس كذلك ومن المختلفين جنسا ما اذا باع فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج فالبيع باطل ولو باعه ليلا على انه ياقوت احمر فظهر اصفر صح ويخير كما اذا باع عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب كذا ذكره المص وان كانت صناعة الكتابة اشرف عند الناس من الخبز كان المص لا يفرق من المشايخ بين كون الصفة خيرا من الصفة التي عينت ولا في ثبوت الخيار كما اطلق في المحيط ثبوت الخيار وذهب اخرون منهم صدر الاسلام ظهير الدين الى انه انما يثبت اذا كان الموجود انقص وصحح الاول لفوات غرض المشتري فان الظاهر ان غرضه من يقوم بحاجته التي عينها لا بما ليس غرضا له الا ان وكان مستند الفصلين ما تقدم فيمن اشترى عبدا على انه كافر فاذا هو مسلم لا خيار له لانه خير مما عين وقد يفرق بان الغرض وهو استخدام العبد بما يليق به لا يتفاوت بين مسلم وكافر من الزراعة وامورها والتجارة وامورها بخلاف تعيين الخبز او الكتابة ونحوه وانه يفيد

قال ومن اشترى جارية بالف درهم حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل ان ينقد الثمن لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي رح يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض ولنا قول عائشة رض لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعد ما اشترت بثمان مائة بئس ما شريت واشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة

ان جاجته التي لاجلها اشترى هي هذا الوصف قوله ومن باع جارية بالف درهم حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع قبل نقد الثمن بمثل الثمن او اكثر جاز وان باعها من البائع باقل لا يجوز عندنا وكذا لو اشتراه عبده او مكاتبه ولو اشترى ولده او والده او زوجته فكذلك عنده وعندهما يجوز لتباين الاملاك وكان كما لو اشتراه اخر وهو يقول كل منهم بمنزلة الاخر ولذا لا تقبل شهادة احدهما للاخر ولو اشترى وكيل البائع باقل من الثمن الاول جاز عنده خلافا لهما لان تصرف الوكيل عنده يقع لنفسه فلذا يجوز للمسلم ان يوكل ذميا بشراء خمر وبيعها عنده ولكن ينتقل الملك الى الموكل حكما وكان كما لو اشتراه لنفسه فمات فورثه البائع وعندهما عقد الوكيل كعقده ولو اشتراه وارثه يجوز في ظاهر الرواية عنهم وعن ابي يوسف لا يجوز ولو باعه المشتري من رجل او وهبه ثم اشتراه البائع من ذلك الرجل يجوز لاختلاف الاسباب شبهة وبه يختلف المسببات وبقولنا قال مالك واحمد وقيد بقوله قبل نقد الثمن لان ما بعده يجوز بالاجماع باقل وكذا لو باعه بعرض قيمته اقل من الثمن وقال الشافعي رح يجوز كيف ما كان كما لو باعه من غير البائع باقل من الثمن او منه بمثل الثمن الاول واكثر او بعرض قيمته اقل من الثمن بجامع قيام الملك فيه لانه هو المطلق في الاصول التي عينها وتقييده بالعرض دون ان يقول كما لو باعه بخلاف جنسه وقيمته اقل لانه لو باعه بذهب قيمته اقل من الدراهم الثمن لا يجوز عندنا استحسانا خلافا لزفر وقياسه على العرض بجامع انه خلاف جنسه فان الذهب جنس اخر بالنسبة الى الدراهم ووجه الاستحسان انهما جنس واحد من حيث كونهما ثمنا ومن حيث وجب ضم احدهما الى الاخر في الزكوة فيبطل البيع احتياطا والزم ان اعتبارهما جنسا واحدا يوجب التفاضل بينهما احتياطا والجواب ان مقتضى الوجه ذلك لكن في التفاضل عند بيع احدهما بغير الاخر اجماع ولنا قول عائشة رض الخ ما نقله المصنف عن عائشة رض يفيد ان المرأة هي التي باعت زيدا بعد ان اشترت منه وحصل الربح لها لان شريت معناه بعت قال تم وشروه بثمن بخس اي باعوه وهو رواية ابي حنيفة فانه روى في مسنده عن ابي اسحق السبيعي عن امرأة ابي السفر ان امرأة قالت لعائشة رض ان زيد بن ارقم باعني جارية بثمانمائة درهم ثم اشتراها مني بستمائة فقالت ابلغيه عني ان الله ابطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب ففي هذا ان زيدا هو الذي باع ثم اشترى وحصل الربح له ولكن رواية غير ابي حنيفة من ائمة الحديث عكسه روى الامام احمد بن حنبل ثنا محمد بن جعفر ثنا شعبة عن ابي اسحق السبيعي عن امرأته انها دخلت على عائشة رض هي وام ولد زيد بن ارقم فقالت ام ولد زيد لعائشة رض اني بعت من زيد غلاما بثمانمائة درهم نسيئة واشتريته بستمائة نقدا فقالت ابلغي زيدا ان قد ابطلت جهادك مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان تتوب وبئس ما شريت وبئس ما اشتريت ففي هذا ان الذي حصل له الربح هي المرأة قال ابن عبد الهادي في التنقيح هذا اسناد جيد وان كان الشافعي قال لا يثبت مثله عن عائشة رض وقول الدارقطني في العالية هي مجهولة لا يحتج بها فيه نظر فقد خالفه غير واحد ولولا ان عند ام المؤمنين علما من رسول الله صلى الله عليه وسلم ان هذا محرم لم تستجز ان تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد وقال غيره هذا مما لا يدرك بالرأي والمراد بالعالية امرأة ابي اسحق السبيعي التي ذكر انها دخلت مع ام الولد على عائشة رض قال ابن الجوزي قالوا العالية امرأة مجهولة لا يحتج بنقل خبرها قلنا بل هي امرأة جليلة القدر ذكرها ابن سعد في الطبقات فقال العالية بنت ايفع بن شراحيل امرأة ابي اسحق السبيعي سمعت من عائشة رض وقولها بئس ما شريت اي بعت قال تم وشروه بثمن بخس اي باعوه وانما ذمت العقد الاول لانه وسيلة وذمت الثاني لانه مقصود بالفساد وروى هذا الحديث على هذا النحو عبد الرزاق قال اخبرنا معمر والثوري عن ابي اسحق عن امرأته انها دخلت على عائشة رض في نسوة فسألتها امرأة فقالت كانت لي جارية فبعتها من زيد بن ارقم بثمانمائة الى العطاء ثم ابتعتها منه بستمائة فنقدته الستمائة وكتب لي عليه ثمانمائة فقالت عائشة رض الى قولها الا ان يتوب وزاد فقالت

قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البائع قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى لانه لابد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه او لانه باعتبار شبهة الربوا او لانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن او المقاصة فلا يسري الى غيرها

المرأة لعائشة رض ارأيت ان اخذت راس مالي ورددت عليه الفضل فقالت فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف لا يقال ان تأويل عائشة رض وردها لجهالة الاجل وهو البيع الى العطاء فان عائشة رض كانت ترى جواز الاجل الى العطاء ذكره في الاسرار وغيره والذي عقل من معنى النهي انه استربح ما ليس في ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وهذا لان الثمن لا يدخل في ضمانه قبل القبض فاذا اعاد اليه الملك الذي زال عنه بعينه وبقي له بعض الثمن فهو ربح حصل لا على ضمانه من جهة من باع وهذا لا يوجد فيما اذا اشتراه بمثل الثمن او اكثر فبطل الحاق الشافعي رح بذلك بخلاف ما لو باعه المشتري من غير البائع فاشتراه البائع منه لان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف الاعيان حكما وكذا لو دخل في المبيع عيب فاشتراه البائع باقل لان الملك لم يعد اليه بالصفة التي خرجت فلا يتحقق ربح ما لم يضمن بل يجعل النقصان بمقابلة الجزء الذي احتبس عند المشتري سواء كان ذلك النقصان بقدر ذلك العيب او دونه حتى لو كان النقصان نقصان سعر فهو غير معتبر في العقود لانه فتور في رغبات الناس فيه وليس من فوات جزء من العين وكذلك اذا اشتراه بجنس آخر غير الثمن جاز لان الربح لا يتحقق عنده مع اختلاف الجنس لان الفضل انما يظهر بالتقويم والبيع لا يعقب ذلك بخلافه بجنس الثمن الاول لظهوره بلا تقويم وقد اورد عليه تجويز كون انكار عائشة رض لوقوع البيع الثاني قبل قبض المبيع اذ القبض لم يذكر في الحديث قلنا لا يصح هذا لانها ذمته لاجل الربا بقرينة تلاوة آية الربوا وليس في بيع المبيع قبل القبض ربا ولا يخفى ضعف هذا الجواب لان تلاوة الآية ظاهر في كونها لاشتمالها على قبول التوبة جوابا لقول المرأة ارأيت ان اخذت راس مالي ورددت عليه الفضل كان اذا من التوبة قلت آية ظاهرة في قبول التوبة وان كان سوقها في القرآن من الربا واورد طلب الفرق بين النهي عن بيع الولد الكائن مع امه مفردا لم يوجب الفساد فلم اوجبه هذا النهي اجيب بان النهي اذا كان لامر يرجع الى نفس البيع اوجبه فان كان لامر خارج لا والنهي فيما ذكر للتفريق لا لنفس البيع حتى لو فرق بينهما بغير البيع اثم فيكره البيع في نفسه كالبيع وقت النداء وهنا هو لشبهة الربا وهو مخصوص بالبيع وشبهة الربا حكم حقيقته **قوله** ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى وهذه فرع المسألة التي تقدمت وهي ان شراء ما باع من المشتري باقل مما باعه به قبل نقد الثمن لا يجوز ووجهه انه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى وهي التي باعها باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها وهي التي ضمت اليها واورد عليه ان علة الفساد في التي باعها ثم اشتراها لو كان اصابة حصتها اياها اقل من خمسمائة المستلزم لشرائها باقل مما باعها به لزم ان لا يفسد البيع في التي اشتراها بخمسمائة لو باعها واخرى معها بالف وخمسمائة لان عند تقسيم الثمن عليهما يصيب كلا منهما اكثر من خمسمائة فليس فيه شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن لكن ذكروا انه ايضا فاسد اجيب بان الفساد في هذه لمعنى آخر وهو تكثير جهات الجواز وليس البعض في الحمل عليه باولى من البعض فامتنع الجواز بخلاف الاكرار وامثالها حيث يتحرى الجواز فيها لتعيين جهة الجواز على ما يجيء في كتاب الصرف وهذا الوجه لزم ان يمتنع ثبوت موجب له موجبات ثم يمتنع فيمتنع تعدد العلل لانه يقال فيها مثل ذلك ثم لا يشيع الفساد في الجارتين اذا شيع قول قائل اذا كثرت جهات الحل لا معارض مع محرم والحق ان بينهما فرقا فان هناك الموجبات متحققة وهنا المجوز موقوف على الاعتبار فاذا اعتبر واحد امكن اعتبار غيره لكنه لا يزيد النظر الاول كادة فان الآخر قبل الاعتبار لا وجود له ومع ذلك لا يعمل المجوز الذي وجد وتحقق بتحقق الاعتبار فليتأمل وحين فهم بعض الشارحين ضعف هذا الوجه عدل الى وجه ذكره الوجيه وهو ان من الممكنات ان يعتبر في مقابلة الجارية الاولى من الالف وخمسمائة اقل من خمسمائة واجتمع فيها محرم ومبيح فيفسد وليس هذا من المذهب في شيء بل اذا اجتمعا فيه اعتبر وجه الصحة تصحيحا كما سيأتي في بيع قفيز حنطة وقفيز شعير بقفيزي حنطة وشعير حيث يصح ويتحرى للجواز اعتبارا لتصحيح تصرف المسلم ولا اشكال فيه على قولهما بل على قوله لان

قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى على ان يطرح عنه بوزن الظرف جاز لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه قال ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان او امينا وان اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة

مذهب ابي حنيفة ان البيع اذا فسد بعضه فسد كله اذا كان الفساد مقارنا فدفعه المصنف بوجوه اولها ان الفساد فيما بيعت ولا ضعيف لاختلاف العلماء فيه كما ذكرناه من مذهب الشافعي فلم يسر الى الاخرى كما اذا اشترى عبدين فاذا احدهما مدبر لا يفسد في الاخر كذلك بخلاف الجمع بين حر وعبد واستشكل بما لو اسلم ثوبا في ثوب هروي ومروي فانه باطل في الكل عنده وعندهما يصح في المروي كما لو اسلم حنطة في شعير وزيت عنده يبطل في الكل وعندهما يصح في حصة الزيت مع ان افساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فان اسلام هروي في هروي جائز عند الشافعي ولا مخلص منه الا تعيين تعليل تعدي الفساد بقوة الفساد بالاجماع عليه الى العلة لانه يجعل الشرط الفاسد في احدهما وهو شرط قبول العقد في الهروي شرطا لقبوله في المروي وليفسد في المروي بالشرط الفاسد وفي الهروي باتحاد الجنس كذا اعترف به شمس الائمة بعد ان علل هو به في شرح الجامع ثانيها ان الفساد في الاولى لشبهة الربوا وسلامة الفضل للبائع الاول بلا عوض لا ضمان يقابله وهو منتف في المضمومة فلو اعتبرنا تلك الشبهة في التي ضمت الى المشتراة اولا كان اعتبار الشبهة الشبهة وهذا احسن من تقرير قاضي خان اعتبار الشبهة بان الالف وهو الثمن الاول على شرف السقوط لاحتمال ان يجد المشتري بها عيبا فيردها فيسقط الثمن عن المشتري وبالبيع الثاني يقع الامن عنه فيكون البائع بالعقد الثاني مشتريا الفا بخمسمائة ثالثها ان الفساد في الاول طار غير مقارن وله وجهان احدهما انهما لم يذكرا في العقد ما يوجب فساده فانه قابل الثمن بالجاريتين وهذه المقابلة صحيحة ولكن بعد ذلك ينقسم الثمن على قيمتهما فيصير البعض بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبع فحينئذ يفسد البيع فيما باع وهذا فساد طار الا ان الانقسام بعد وجوب الثمن فلا يتعدى الى الاخر والاخر بسبب المقاصة فان المقاصة تقع بين الثمن الاول والثمن الثاني فيبقى من الثمن الاول فضلا بلا عوض وذلك لان البائع الاول لما باعها بالف ثم اشتراها بخمسمائة قبل النقد فيقاص خمسمائة بخمسمائة مثلها فيبقى للبائع من الثمن الاول فضل خمسمائة اخرى مع الجارية والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عنده فهو طار فلا يظهر في الاخرى كمن باع عبدين صفقة وبين ثمن كل ثم الحق في ثمن احدهما اجلا هو وقت الحصاد فسد البيع فيه ولا يتعدى الى الاخر فكذا ما نحن فيه واورد ينبغي ان يفسد العقد في الاخر لمعنى اخر وهو انه جعل قبول العقد فيما لا يصح وهو ما باعه اولا شرطا لقبوله في الاخر قلنا قبول العقد فيه ليس شرطا فاسدا الا ترى انه لو كان ثمنه مثل الثمن الاول وخلاف جنسه كان صحيحا وانما الفساد لاجل الربح الحاصل لا على ضمانه وهذا يقتصر على العبد الذي باعه اولا فلا يتعدى الى العقد الثاني وفي المبسوط لو اشتراه البائع مع رجل اخر جاز في حصة الاجنبي في نصفه ولو ولدت الجارية عند المشتري ثم اشتراها منه باقل ان كانت الولادة نقصتها جاز كما لو دخلها عيب عند المشتري ثم اشتراها منه بالاقل وان لم تنقصها لا يجوز لانه يحصل به ربح لا على ضمانه قوله ومن اشترى زيتا في ظرف صورتها في الجامع محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اشترى من رجل هذا الزيت وهو الف رطل على ان يزنه بظروفه فيطرح مكان كل ظرف خمسين رطلا قال هذا فاسد وان كان قال على ان تطرح عني وزن الظرف فهو جائز لانه شرط يقتضيه العقد وهو شرط ان يعرف قدر المبيع من غيره ليخص بالثمن بخلاف قوله على ان تزنه وتطرح عنه لكل ظرف عشرة ارطال او خمسين فان البيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين فان زنة الظرف قد تكون اقل من خمسين فيكون البيع بشرط ترك الثمن عن بعض المبيع وهو نفع للمشتري وقد يكون اكثر منها فيكون البيع بشرط اعطاء ثمن لا في مقابلة مبيع وفيه نفع للبائع والمسئلة بعدها فرع عليها وهو ما في الجامع رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الزق كل رطل بكذا فوزنه له بزقه فبلغ مائة وقبضه المشتري فقال وجدت الثمن تسعين رطلا والزق هذا وزنه عشرة ارطال وقال البائع كان الثمن خمسة وتسعين رطلا والزق غير هذا ووزنه خمسة ارطال فالقول قول المشتري مع يمينه الا ان يقيم البائع البينة لان هذا الاختلاف ان اعتبر خلافا راجعا الى تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض

قال: وإذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خمر أو بشرائها ففعل ذلك جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما ان الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه فلا يجوز ولابي حنيفة رحمه الله ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته وانتقال الملك الى الآمر امر حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خمرا يخللها وان كان خنزيرا يسيبه

قال: ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع وشرط

ضمينا كان للغاصب وامينا كالمودع ولان البائع يدعي عليه زقا آخر والمشتري ينكر وان اعتبر اختلافا في قدر الثمن المقبوض فمرجعه خلاف في قدر الثمن. فالقول قول المشتري لانه ينكر الزيادة واستشكل لمسئلتين احدهما اذا باع عبدين وقبضهما المشتري ومات احدهما عنده وجاء بالآخر يرده بعيب فاختلفا في قيمة الميت فالقول للبائع كما سيأتي في باب التحالف والثانية ان الاختلاف في الثمن يوجب التحالف وهنا جعل القول للمشتري على تقدير اعتباره اختلافا في الثمن. أجيب عن الاول بانها مع هذه طرد فان كون القول للمشتري لانكاره الزيادة وهناك انما كان للبائع لانكاره الزيادة وعن الثانية بان التحالف على خلاف القياس فيها عند ورود الاختلاف في الثمن قصدا وهنا الاختلاف فيه تبع لاختلافهما في الزق المقبوض فهو هنا اولا لا يوجب التحالف **قوله** واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او خنزير او شرائهما ففعل جاز عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يدخل الخمر والخنزير في ملك المسلم الموكل فيجب ان يخلل الخمر او يريقها ويسيب الخنزير هذا في الشراء وفيما اذا كان التوكيل بالبيع بان كانا في ملك المسلم خمر وخنزير وصورته ان يكون كافرا فيسلم عليهما ويموت قبل ان يزيلهما وله وارث مسلم فيرثهما فيوكل ذميا ببيعهما فعليه ان يتصدق بثمنهما لتمكن الخبث فيه قال صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم بيعها واكل ثمنها. وقال ابو يوسف ومحمد ومالك والشافعي واحمد رحمهم الله لا يصح هذا التوكيل وحاصل الوجه من جانبهم اثبات المانع الشرعي من هذا التوكيل ومن جانبه عدم المانع بالقدح في ما جعلوه مانعا فيبقى الجواز على الاصل لهم ان الموكل لا يملك بنفسه فلا يملك تولية غيره وهذا معنى قول المص الموكل لا يوليه فلا يوليه غيره لانه مفعول متعلم ليوليه كما كان لما لم يملك تزويج المجوسية لا يملك توكيل غيره بتزويجه اياها ولان ما يثبت للوكيل من الملك ينتقل الى الموكل فصار كانه باشر الشراء او البيع بنفسه فلا يجوز ولابي حنيفة رحمه الله ان الوكيل في البيع يتصرف باهلية نفسه لنفسه حتى لا يلزمه ان يضيف العقد الى موكله وترجع حقوق العقد اليه حتى يطالب بالثمن ويرد بالعيب وهو اهل لبيع الخمر وشرائها شرعا فلا مانع شرعا من توكله والمسلم الموكل اهل لان يثبت له ما يثبت للوكيل من ثبوت الملك كما ذكرنا من صورة ثبوت الملك الجبري له فيهما فانتفى المانع الشرعي والملازمة الشرعية امتناع التوكيل لامتناع مباشرته ممنوعة بمسائل منها ان الوكيل بشراء عبد بعينه لا يملك شراءه لنفسه ويملك التوكيل بشرائه لنفسه ومنها ان القاضي لا يملك البيع خمر او خنزير خلفه ذمي ورجع امره الى القاضي ويملك توكيله به وكذا الوصي المسلم للذمي لا يملك بيع خمره ويملك التوكيل به والمريض مرض الموت لا يملك البيع بالتغابن في شيء اذا كان عليه ديون مستغرقة ويجوز من وصيه بعد موته وكذا لا يبيع الام عرض الولد ووصيه يبيعه اذا لم يكن مجتاجا اليها فان قيل ان تملك المسلم الخمر شرعا جبرا عن سبب جبري كالموت سلمناه او عن سبب اختياري منعناه وهنا كذلك اذ التوكيل اختياري والملك يترتب عليه اولا وجود له في الشرع قلنا نختار الثاني ونمنع ان التوكيل سبب للملك بل الشراء وانما هو اختياري للوكيل لا الموكل وليست الوكالة سببا له بل شرط فانما سببه اختيار الوكيل واختياره ليس لازما للوكالة ولا سببا عنها اذ لا يلزمه الشراء بقي ان يقال اذا كان حكم هذه الوكالة في البيع ان لا ينتفع بالثمن وفي البيع ان تسيب الخنزير ويريق الخمر او يخللها بقي تصرفا غير معقب لما يلزم وكل ما هو كذلك ليس بمشروع وقد روي عن ابي حنيفة ان هذه الوكالة تكره اشد ما يكون من الكراهة وهي ليست الا كراهة التحريم فاي فائدة في الصحة **قوله** ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط قال الطبراني في معجمه الاوسط ثنا عبد الله بن ايوب المقري حدثنا محمد بن سليمان الذهلي حدثنا عبد الوارث بن سعيد قال قدمت مكة فوجدت بها ابا حنيفة وابن ابي ليلى وابن شبرمة فسألت ابا حنيفة عن رجل باع بيعا وشرط شرطا فقال البيع باطل والشرط باطل ثم اتيت ابن ابي ليلى فسألته فقال البيع جائز والشرط باطل ثم اتيت ابن ابي شبرمة فسألته فقال البيع جائز والشرط جائز فقلت يا سبحان الله ثلثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسئلة واحدة فاتيت ابا حنيفة رحمه الله فاخبرته فقال ما ادري ما قالا حدثني عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده

تتمة المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه وفيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسده كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربوا او لانه يقع بسببه المنازعة فيعري العقد عن مقصوده الا ان يكون متعارفا لان العرف قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا فنقول هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي رحمه الله وان كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه

عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع وشرط البيع باطل والشرط باطل ثم اتيت ابن ابي ليلى فاخبرته فقال ما ادري ما قالا قال حدثني هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة رض قالت امرني النبي صلى الله عليه وسلم ان اشتري بريرة فاعتقها البيع جائز والشرط باطل ثم اتيت ابن شبرمة فاخبرته فقال ما ادري ما قالا قال حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر رض قال بعت من النبي صلى الله عليه وسلم ناقة و شرط لي حملانها الى المدينة البيع جائز والشرط جائز وكذا رواه الحاكم في كتاب علوم الحديث ومن جهة الحاكم ذكره عبد الحق في احكامه وسكت عليه وقد ظهر من هذا ان في المسئلة ثلاث مذاهب مستدل عليها فلا بد من النظر فيها فاما حديث عمرو بن شعيب فلا يحتمل الا التخصيص فحمله الشافعي واستثنى من منع البيع مع الشرط البيع بشرط العتق بحديث بريرة فان النبي صلى الله عليه وسلم ما رد في حديثها الا الولاء وذكر الاقطع عنه انها رواية عن ابي حنيفة وحديثها في الصحيحين عن عائشة رض قالت جاءتني بريرة فقالت كاتبت اهلي على تسع اواق في كل عام اوقية فاعينيني فقالت ان احب اهلك ان اعدها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت فذهبت بريرة الى اهلها فقالت لهم فابوا عليها فجاءت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه وآله وسلم جالس فقالت اني عرضت عليهم ذلك فابوا الا ان يكون لهم الولاء فاخبرت عائشة رض رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال خذيها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن اعتق ففعلت عائشة الحديث فيه دليل على جواز بيع المكاتب اذا رضي بالبيع وفيه ابطال قول من منع بيعه وقال انما اشترطت عائشة رض الولاء بسبب ما وقع في بعض الروايات وهو وان احبوا ان اقضي عنك كتابتك وذلك لانه صلى الله عليه وسلم قال انما الولاء لمن اعتق ورد اشتراطهم الولاء لانفسهم والعتق من عائشة رض وهذا الاختلاف فيه ولو قال قائل ان الشرط اذا كان امرا لا يحل شرعا مثل ان يشترط ان لا يقع عتقك اذا اعتقته يبطل هو دون البيع فانه لغو لا يمكن المشروط عليه ان يفعله فيتم البيع كانه لم يذكر اذا كان خارجا عن طاقة من يشترط عليه امكن ويكون اصل هذا حديث بريرة واما الحنفية فانما لم يخصوه به لان العام عندهم يعارض الخاص فيطلب معه اسباب الترجيح والمرجح هنا للعام وهو نهيه عن بيع وشرط هو كونه مانعا وحديث بريرة مبيح فيحمل على ما قبل النهي لان القاعدة الاصولية ان ما فيه الاباحة منسوخ بما فيه النهي واما حديث جابر الذي استدل به ابن شبرمة فالشرط وهو استثناء حملانه لم يقع في صلب العقد كذا قاله الشافعي ونحن كذا نقول مع الوجه الذي ذكرناه من تقديم العام فان قلت كيف قال الشافعي بافساد البيع بالشرط مع ان حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده من قبيل المرسل عند كثير من اهل الحديث قلت ذلك اذا لم يصرح فيه بجد ابيه عبد الله بن عمرو بن العاص وقد ورد عنه التصريح به فيه فيما اخرجه ابو داؤد والترمذي والنسائي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك ولهذا قال الترمذي حديث حسن صحيح وروى هذا ايضا من حديث حكيم بن حزام في موطا مالك بلاغا واخرجه الطبراني من حديث محمد بن سيرين عن حكيم قال نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اربع خصال في البيع عن سلف وبيع وشرطين في بيع وبيع ما ليس عندك وربح ما لم يضمن ومعنى السلف في البيع البيع بشرط ان يقرضه دراهم وهو فرد من البيع الذي شرط فيه منفعة لاحد المتعاقدين وغير ذلك مما سياتي قوله ثم جملة الامر فيه اي في الشرط انه اما يقتضيه العقد كشرط ان يحبس المبيع الى قبض الثمن ونحوه فيجوز لانه مؤكد لموجب العقد او لا يقتضيه لكن ثبت تصحيحه شرعا بما لا مرد له كشرط الاجل في الثمن والثمن في السلم وشرط الخيار فكذلك هو الصحيح للاجماع على ثبوته شرعا رخصة او لا يقتضيه وليس مما ثبت كذلك لكنه متعارف كشراء نعل على ان يحذوها البائع او يشرك فهو جائز ايضا لما سياتي وكذا اذا لم يكن كذلك ولكن يتضمن التوثق بالثمن كالبيع

فلو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر ولابي حنيفة ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منهٍ للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف من وجه آخر لم تتحقق الملائمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملائمة فترجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا

بشرط كفيل بالثمن حاضر وقبل الكفالة او بان يرهنه به رهنا معلوما بالاشارة او التسمية فهو جائز ايضا على الصحيح خلافا لزفر فان حاصله التوثق للثمن فيكون كاشتراط الجودة فيه فهو مقرر لمقتضى العقد ولو لم يكن الكفيل حاضرا وقبل او غائبا فحضر قبل ان يتفرقا وكفل وشرط الحوالة كالكفالة ولا الرهن مسمى ولا مشار اليه لا يجوز بالاتفاق ولان وجوب الثمن في ذمة الكفيل يضاف الى البيع فيصير الكفيل كالمشتري فلا بد من حضوره العقد بخلاف الرهن لا يشترط حضرته لكن ما لم يسلمه للبائع لا يثبت فيه حكم الرهن وان انعقد عقد الرهن بذلك الكلام فان سلم مضى العقد على ما عقد وان امتنع عن تسليمه لا يجبر عندنا بل يومر بدفع الثمن فان لم يدفع الرهن ولا الثمن خير البائع في الفسخ وشرط الحوالة كالكفالة واذا كان الشرط مما لا يقتضيه وليس مما ذكرنا فاما فيه منفعة لاحد المتعاقدين او المعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق كان اشترى حنطة على ان يطحنها البائع او يتركها في داره شهرا او ثوبا على ان يخيطه فالبيع فاسد وكذا اشتراط ان لا يبيع المشتري العبد لانه يعجبه ان لا تتداوله الايدي وكذا على ان لا يخرجه من مكة مثلا وفي الخلاصة اشترى عبدا على ان يبيعه جاز وعلى ان لا يبيعه من فلان لا يجوز لان له طالبا وكذا اذا كانت المنفعة لغير العاقدين فالمعقود عليه منه اذا باع ساحة على ان يبني بها مسجدا او طعاما على ان يتصدق به فهو فاسد اما لو كان المبيع ثوبا او حيوانا غير آدمي فقد خرج الجواز مما ذكر في المزارعة من ان احد المزارعين اذا شرط في المزارعة ان لا يبيع الآخر نصيبه او يهبه مع ان المزارعة جائزة والشرط باطل لانه ليس لاحد العاقدين فيه منفعة وكذا ذكر الحسن في المجرد وقال المصنف وهو الظاهر من المذهب لانه اذا لم يكن من اهل الاستحقاق انعدمت المطالبة والمنازعة فلا يؤدي الى الربا وما ابطل الشرط الذي فيه المنفعة البيع الا لانه يؤدي اليه لانه زيادة عارية عن العوض في عقد البيع وهو نفس معنى الربا ومن مثل الباطل بيع العبد على ان يعتقه المشتري او يكاتبه او يدبره والشافعي يخالفنا في شرط العتق في احد قوليه فيصححه ثم ان اعتقه المشتري فذاك والا خير البائع في فسخ العقد ولا يجبر عليه في قول بعض اصحابه وفي قول آخرين يجبر قال المصنف ويقيسه الشافعي على بيع العبد نسمة ثم فسره بان يبيعه ممن يعلم انه يعتقه لا ان تشترط فيه ذلك وعلى تفسير المصنف هذا تحقق جمهور والقياس واما على تفسيره بان يباع بشرط عتقه فلا يصح لانه نفس المقيس عليه الا انه قوله لا ان يشترط فيه يفهم من قوله ان تفسيره بما ذكر مخالف لتفسير الشافعي بذلك فقاه وح ليقوى الاعتراض عليه بانه لا قياس قال فالحجة عليه ما ذكرناه يعني من الحديث والمعنى وانت علمت انه يحتاج الى تخصيص العام بالخاص كيف ما وجد وهو مذهبه ولهذا خصصه بحديث بريرة وجوابه ان ليس في حديث بريرة اصلا ان البيع كان بشرط العتق بل كان على وعد العتق منهما وح فليس من التخصيص بمنع بيع بشرط في شيء ولا يصلح البيع ممن يظن عتقه اصلا لقياس البيع بشرط عتقه لعدم الجامع ونسمة منصوب على الحال بمعنى معرضا للعتق وعبر بالنسمة عنه لكثرة ذكرها فيما اذا اعتقت في مثل قوله صلى الله عليه وآله وسلم فك الرقبة واعتق النسمة فصيرت كالاسم لما عرض للعتق فعوملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الفعل قوله فلو اعتقه المشتري الخ هذا فرع على قولنا بفساد البيع بشرط العتق وهو ان المشتري بهذا الشرط لو اعتقه بعد ما قبضه عتق ثم عند ابي حنيفة رجع البيع صحيحا حتى يجب الثمن عنده وعندهما لا يعود صحيحا فتلزمه قيمته واما لو اعتقه قبل القبض فلا يعتق بالاجماع لانه لا يملكه قبل القبض لفساد البيع وجه قولهما انه تلف بعد ان ملكه بالقبض في بيع فاسد فلا ينقلب جائزا كما لو تلف بوجه آخر من موت او قتل او بيع او هبة وقياسا على تدبيره واستيلادها فان هناك الضمان بالقيمة اتفاقا فهو اوفى بالشرط اعتبارا لحقيقة الحرية بحق الحرية ولابي حنيفة ان شرط العتق وان كان لا يلائم العقد على ما ذكرناه يعني قوله لان قضية العقد الاطلاق في التصرف والتخيير الخ ولكنه من حيث حكمه وهو ثبوت الحرية يلائمه لانه اي العتق منهٍ

قال وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري درهما او على ان يهدي له هدية لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه عم نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى النبي عم عن صفقتين في صفقة

الملك الذي هو اثر البيع والشيء بانتهائه يتقرر وجوده والفاسد لا تقرر له فيكون صحيحا ولذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب اذا اطلع عليه بعد ان اعتقه بخلاف ما اذا اتلفت لوجه اخر لانه لا يصير به هذا الشرط ملائما فيبقى على مجرد جهة المفسد وكذا لو مات لا ينقلب صحيحا لان بموته لا يصير شرط العتق ملائما وهو المنظور اليه في افساد العقد وتصحيحه وكون شيء اخر كالموت ونحوه ملائما لا يصير به هذا الشرط الذي وقع مفسدا ملائما وان اشترط التدبير والاستيلاد فكذلك لا يصير العقد صحيحا اذا دبره المشتري او استولدها لانه لا يصير به شرط التدبير والاستيلاد ملائما لانه يتعين امتناع ورود الملك عليه ولم يوجد بجواز ان يحكم قاض بصحة بيعها فيتقرر الفساد واورد لما كان فعل هذا الشرط مصححا ينبغي ان يكون العقد صحيحا في الابتداء عند اشتراطه اجيب بانه من حيث هو مخالف لا يقتضيه العقد وانما يلائمه باعتبار حكمه فعلمنا في الابتداء قبل تحققه بمقتضى ذاته وعند تحقق حكمه بفعله بمقتضى حكمه ولو اشترى امة بشرط ان يطأها المشتري او لا يطأها فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح يجوز في الاول لانه ملائم للعقد قلنا الملائم له اطلاق الوطي لا الزامه وعند محمد يصح فيهما الاول لا لابي يوسف والثاني لانه لم يقتضه العقد ولا يرجع نفعه لاحد فهو شرط لا طالب له قوله وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا ودارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري دراهم او على ان يهدي له هدية او ثوبا على ان يقطعه المشتري قميصا او قباء فهو فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وقد ورد في عين بعضها نهي خاص وهو نهيه صلى الله عليه واله وسلم عن بيع وسلف اي قرض ثم خص شرطي الاستخدام والسكنى بوجه معنوي فقال ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن بان يعتبر المسمى ثمنا بازاء المبيع وبازاء اجرة الخدمة والسكنى يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما تكون اعارة في بيع وقد نهى رسول الله صلى الله عليه واله وسلم عن صفقتين في صفقة فيتناول كلا من الاعتبارين المذكورين رواه احمد عن اسود بن عامر عن شريك عن سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن ابيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه واله وسلم عن صفقتين في صفقة اما ثبوته فقد رواه البزار في مسنده عن اسود بن عامر به واعل بعض طرقه ورجح وقفه وبالوقف رواه ابو نعيم الحافظ وابو عبيد القاسم بن سلام واما معناه ففسره المص بما سمعت وفسره ابو عبيد القاسم بن سلام بان يقول الرجل للرجل ابيعك هذا نقدا بكذا ونسيئة بكذا ويفترقان عليه انتهى ورواية ابن حبان للحديث موقوفا الصفقتين في الصفقتين ربا يؤيد تفسير المص مع انه اقرب بها واحسن تفسير ابي عبيد واكثر فائدة فان كون الثمن على تقدير النقد الفا وعلى تقدير النسيئة الفان ليس فيه معنى الربا بخلاف اشتراط نحو السكنى والخدمة واعلم انه روي عن رسول الله صلى الله عليه والسلام انه نهى عن بيعتين في بيعة ويظهر من كلام بعض من يتكلم في الحديث ظن انه بمعنى الاول وليس كذلك بل هذا اخص منه فانه في خصوص من الصفقات وهو البيع وفسره الشافعي رح بان يقول ابيعك داري هذه بكذا على ان تبيعني غلامك بكذا واذا وجب لي غلامك وجبت لك داري وهذا حديث صحيح رواه الترمذي والنسائي وقال الترمذي حسن صحيح ورواه مالك بلاغا وفي فتاوى الولوالجي لو قال بعتك هذه الدار بالف على ان تقرضني فلان الاجنبي عشرة دراهم فقبل المشتري ذلك البيع لا يفسد البيع لانه لا يلزم الاجنبي لانه لو لزمه فاما بطريق الضمان عن المشتري او بطريق الزيادة في الثمن لا وجه الى الاول لانه ليس في ذمة المشتري حتى يتحملها الكفيل ولا الى الثاني لانه لم يعقل على الى ضامن واذا لم يلزم الاجنبي لا يفسد البيع ولا خيار للبائع لانه لو ثبت انما ثبت اذا لم يسلم له ما يشترط في البيع على المشتري او بطريق الزيادة في الثمن لا وجه الى الاول لانه ليس في ذمة المشتري فكيف سيحكى عن ابي الحسن الكرخي انه يجوز وهو خلاف ظاهر الرواية واستبعده ابو بكر الخصاف فرع باع امة بشرط ان يطأها المشتري

قال ومن باع عينا على انه لا يسلمها الى راس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيليق بالديون دون الاعيان **قال** ومن اشترى جارية الا حملها فالبيع فاسد والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها

او ان لا يبيعها فسد البيع عند ابي حنيفة فيهما لما ذكرنا من ان مقتضى العقد الاطلاق وهذا تعيين احد الجائزين وعند ابي يوسف يفسد في الثاني لما قلنا فيصح في الاول لان العقد يقتضيه وعند محمد يصح فيهما ولو كان في الشرط ضرر كان شرط ان يقميص اجنبيا لا يفسد العقد وذكر القدوري انه يفسد ولو لم يكن فيه منفعة ولا مضرة كان اشترى طعاما بشرط ان ياكله او ثوبا بشرط ان يلبسه جاز وذكر الامام قاضي خان العقود التي تتعلق تمامها بالقبول اقسام ثلاثة قسم يبطل بالشرط الفاسد وجهالة البدل وهي مبادلة المال بالمال كالبيع والاجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال وقسم لا يبطل بالشرط الفاسد ولا جهالة البدل وهو معاوضة المال بما ليس بمال كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد وقسم له شبه بالبيع والنكاح وهو الكتابة يبطلها جهالة البدل ولا يبطلها الشرط الفاسد وفي الخلاصة التي تبطل بالشروط الفاسدة ولا يصح تعليقها بالشرط ثلاثة عشر البيع والقسمة والاجارة والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين وعزل الوكيل في رواية شرح الطحاوي وتعليق ايجاب الاعتاق بالشرط والمزارعة والمعاملة والاقرار والوقف في رواية وما لا يبطل بالشروط الفاسدة ستة وعشرون الطلاق والخلع ولو بغير مال والعتق بمال وبلا مال والرهن والقرض والهبة والصدقة والوصاية والشركة والمضاربة والقضاء والامارة والتحكيم بين اثنين عند محمد خلافا لابي يوسف والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة والنسب والكتابة واذن العبد ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة التي فيها القصاص حالا او موجلا وجناية الغصب والوديعة والعارية اذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة او كفالة وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب وتعليق الرد بخيار الشرط بالشرط وعزل القاضي والنكاح لا يصح تعليقه ولا اضافته لكن لا يبطل بالشرط ويبطل الشرط وكذا الحجر على الماذون لا يبطل الحجر ويبطل الشرط وكذا الهبة والصدقة والكفالة بالشرط المتعارف تصح هي والشرط بغير المتعارف يبطل وتصح الكفالة انتهى فالحاصل ان كل ما كان من قبيل التمليكات او التقييدات لا يصح تعليقه فمن الاول الاقرار والابراء ومن الثاني عزل الوكيل والحجر على العبد والرجعة والتحكيم عند ابي يوسف من قبيل التمليكات فلا يتعلق وعند محمد يتعلق لانه من اطلاق الولاية كالقضاء والاذن والايصاء والوكالة وان جعل الوكالة في شرح الطحاوي من قبيل التمليكات بل هي بالولايات اشبه **قوله** ومن باع عينا على ان لا يسلمها الى راس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع المعين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرط ترفيها فيليق بالديون لانها غير معينة في المبيع فيحصل بالاجل الترفيه بخلاف المبيع المعين فانه معين حاضر فلا فائدة الى الزامه تاخير تسليمه اذ فائدة الاستمهال به وهو حاصل فتكون ضررا بالبائع من غير نفع للمشتري **قوله** ومن اشترى جارية الا حملها افسد البيع والاصل المهد لتعريف ما يصح استثناؤه من العقد وما لا يصح استثناؤه هو ان ما لا يصح افراده بالعقد ابتداء لا يصح استثناؤه من العقد وما يصح صح والحمل مما لا يصح افراده بالعقد فلا يصح استثناؤه وهذا وهو كون الحمل لا يصح افراده بالعقد لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة كرجل الشاة واليتها حتى انه يقرض عنها بالمقاريض واطراف الحيوان لا تفرد بالعقد اجماعا ومن فروع ..... بعتك هذه الصبرة الا قفيزا منها لكنه يجوز لان افراد قفيز منها بالبيع يجوز ولو قال بعتك على هذا القطيع من الغنم الا شاة منها بالقيد لا يجوز لانه لا يجوز شراء شاة من هذا القطيع بغير عينها بخلاف ما لو استثنى هذه الشاة فانه يجوز لانتفاء الجهالة حيث يجوز لجواز افرادها بالعقد وكذا الحال في كل عددي متفاوت ومنه ما اذا باع حيوانا واستثنى ما في بطنه لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل واما ان ما لا يفرد بالعقد لا يجوز استثناؤه فلان الاستثناء انما يخرج بعض ما تناوله الصدر عن حكمه وما يدخل تبعا ليس بمتناول له اللفظ كالمفاتيح لا يتناولها اسم الدار فلا يستثنى واما قول المصنف بيع الاصل يتناولها اي الاطراف والتبع فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلا يفيد لان الاستثناء ليس الا اخراج البعض من الحكم الصدر حكمه هو موجبه فلو صح ذلك بطل الاستثناء واصلاحه ان يريد بالتناول فيها الحكم بطريق التبعية والاستثناء يكون على خلاف الموجب اي طريق

قال ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين و لانه يصير صفقة في صفقة على ما مر

الاستثناء و وصيته لا حقيقة موجبة وذلك لا يجوز واذا لم يصح الاستثناء بقي شرطا فاسدا وفيه نفع للبائع والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة والاحسن ان يقال تبطل بالشروط الفاسدة لانها عقود معاوضة فيجعل بطلانها بالشروط الفاسدة قال المصنف في تعليل المشابهة بانها عقود معاوضات الا ان المفسد في الكتابة شرط فاسد تمكن في صلب العقد وهو ما يتقوم به العقد مثل ان يكاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة لتمكن الشرط المفسد في صلب العقد بخلاف البيع فانه يفسد بالشرط الكائن في صلب العقد وغيره وانما اختص فساد الكتابة بالشرط بذلك لشبهها بالعتاق والنكاح من حيث ان احد البدلين ليس بمال في حق نفسه وكونه معاوضة انما هو بالنسبة الى السيد في الانتهاء وكان له شبهان شبه بالبيع وشبه بما معاوضة فيفسد بالمفسد القوي وهو ما يتحقق في صلب العقد باعتبار شبهه للبيع ولم يفسد بما ليس كذلك لشبهه بالعتق والنكاح ح اما الا يسيد ان شرطا فيها بالشرط الكائن في صلب العقد واسنى غيره واما الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فلا تبطل بالشروط الفاسدة وتبطل الشرط فلا يبطلها استثناء الحمل فلو قال وهبتك وتصدقت عليك بهذه الجارية الا حملها او تزوجت على هذه الجارية او خلعني عليها الا حملها او جعلها بدل الصلح الا حملها صحت هذه التصرفات وبطل الاستثناء ويدخل الحمل والهبة وان كانت من قبيل التمليكات لكن عرف بالنص انها لا تبطل بالشروط الفاسدة لانه صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى بشرط عود العمر فيصير العمرى لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر واما الوصية فلا تبطل باستثناء الحمل بل يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري في الحمل بخلاف ما اذا استثنى خدمتها بان اوصى بجارية الا خدمتها او الا غلتها حيث لا يصح الاستثناء لان الميراث لا يجري في الخدمة والغلة بانفرادها حتى لو اوصى بخدمة الجارية وغلتها لفلان فمات فلان بعد صحة الوصية لا ترث ورثته خدمتها ولا غلتها بل تعود الى ورثة الموصي بخلاف ما لو اوصى بحمل جارية لآخر حيث يصح ويكون حملها له واورد على الاول ان الخدمة يصح افرادها بالوصية فيجب ان يصح استثناؤها اجيب بدليل قولهم كلما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة في الاجارة ولم يلزم كلما لا يصح اجرة لان الوصية ليس عقدا حتى صح قبول الموصى له بعد موت الموصي والعقد بعد الموت لا يصح فلا يرد نقضا فروع باع صبرة بمائة الا عشرها فعليه تسعة اعشارها بجميع الثمن ولو قال على ان عشرها لي فعليه تسعة اعشارها بتسعة اعشار الثمن خلافا لما روي عن محمد انه بجميع الثمن فيهما وعن ابي يوسف لو قال ابيعك هذه المائة شاة بمائة على ان هذه لي او ولي هذه فسد ولو قال الا هذه كان ما بقي بمائة ولو قال ولي نصفها كان النصف بخمسين ولو قال بعتك هذا العبد بالف الا نصفه بخمسمائة عن محمد جاز في كله بالف وخمسمائة لان المعنى ابيع نصفه بالف لان الباقي بعد الاستثناء فالنصف المستثنى عن بيعه بخمسمائة ولو قال على ان لي نصفه بثلثمائة او مائة دينار فسد لادخال صفقة في صفقة ولو قال بعتك الدار الخارجة على ان تجعل لي طريقا الى داري هذه الداخلة فسد البيع ولو قال الا طريقا الى داري الداخلة جاز فطريقه عرض باب الدار الخارجة ولو باع بيتا على ان لا طريق للمشتري في الدار وعلى ان بابه في الدهليز يجوز ولو زعم ان له طريقا فظهر ان لا طريق له يرد ولو باعه بالف دينار الا درهما او الا ثوبا او الا كر حنطة او هذه الشياه الا واحدة لا يجوز ولو كانت بعينها جاز ولو باع دارا على ان لا بناء فيها فاذا فيها بناء البيع فاسد لانه يحتاج الى نقض البناء ولو باعها على ان بناءها من آجر فاذا هو لبن فهو فاسد بناء على انهما جنسان كما لو باعه ثوبا على انه هروي فظهر مرويا ولو باع الارض على ان فيها بناء فاذا لا بناء فيها وكذا اذا اشترط ان فيها شجرا وليس فيها شجر جاز وله الخيار وكذا لو باع علوها وسفلها فظهر ان لا علو لها ومثله لو اشترى باجذاعها فله

ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد باجماع الائمة الاربعة لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقتين في صفقة على ما مر من امتناع الصفقتين في صفقة الا ان هذا على تقدير واحد وهو كون الخياطة يقابلها شيء من الثمن فهو شرط اجارة

قال ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البائع او يشركه فالبيع فاسد قال ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بيناه وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع **قال** والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التاجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالايام معلومة فلا جهالة فيه **قال** ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتاخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة فيها ولانه معلوم الاصل الا ترى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف اولى

في بيع وما تقدم كان كذلك ايضا في تلك التقدير وعلى التقدير عدم المقابلة يكون اجارة في بيع **قوله** ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البائع المراد اشترى اديما على ان يجعله البائع نعلا له فاطلق عليه اسم النعل اعتبارا لما يؤول اليه ويمكن ان يراد حقيقته اسم النعل رجل واحد على يحذو ما ان يجعل معها مثال الآخر ليتم نعلا للرجلين ومنه حذوت النعل بالنعل اي قدرته بمثال قطعته ويدل عليه قوله او يشركه فجعله مقابلا لقوله نعلا ولا معنى لان يشتري اديما على ان يجعل له شراكا فلا بد ان يراد حقيقة النعل فالبيع فاسد قال المصنف ما ذكره يعني القدوري جواب القياس ووجهه ما بيناه من انه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وفي الاستحسان يجوز البيع ويلزم الشرط للتعامل كذلك ومثله في ديارنا شراء القبقاب على هذا الوجه اي على ان يسمر له سيرا وصار كصبغ الثوب مقتضى القياس منعه لانه اجارة عقدت على استهلاك عين مع المنفعة وهو عين الصبغ ولكن جوز للتعامل ومثله اجارة الظئر مع لزوم استهلاك اللبن جاز للتعامل لكن في الفوائد المستحق بالاجارة فعل الصبغ والحضانة في استئجار الصباغ والظئر والصبغ واللبن آلة فعلهما وللتعامل جوزنا الاستصناع مع انه بيع المعدوم ومن انواعه شراء الصوف المنسوج على ان يجعله البائع قلنسوة او قلنسوة بشرط ان يبطن بها البائع بطانة من عنده وهذا نوع آخر من الشرط وهو البيع بشرط ان يفعل كذا وما تقدم كان المشروط صفة وما فيه شرط ان يفعل فمن هذا ذكر هشام عن محمد اشترى شاة على انها حامل يفسد البيع وعن الشافعي قولان واصحهما يصح وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وقال بعض اصحابه في غير الآدمي اما في الجواري يصح قولا واحدا وهو قولنا ذكر هشام عن محمد اشترى جارية على انها حامل يجوز البيع الا ان يظهر ان المشتري يريدها للظئرة فيفسد ولا يخفى ما فيه بعد فرض ان المشتري علم ذلك بل شرطه وكونه اشترى خلاف ما يحصل غرضه لا يوجب فسادا بعد الرضا به وعن الهندواني شرط الحبل من البائع لا يفسد لان البائع يذكره على بيان العيب عادة ولو وجد من المشتري يفسد لانه ذكره على وجه اشتراط الزيادة ولو اشترى سمسما او زيتونا او حنطة على ان فيها كذا وهنا او يخرج كذا دقيقا فالبيع فاسد وبه قال الشافعي ولو شرط في الشاة انها حلوب او لبون لم يذكره محمد واختلف فيه فالكرخي يفسد والطحاوي لا يفسد وهو قول الشافعي لانه مرغوب فيه والوجه ان لا يجوز لوقوع المنازعة في ان معنى الحلوب ما يكون لبنها هذا المقدار او اكثر من هذا الى غاية كذا ولو كان منفعة الشرط لغير العاقدين كالبيع على ان يقرض فلانا كذا ففيه اختلاف المشائخ وقال محمد كل شيء يشترط على البائع يفسد به البيع اذا شرط على اجنبي فهو باطل وكل شيء يشترط عليه لا يفسد به اذا شرط على اجنبي فهو جائز ويخير المشتري كالبيع بثوب على ان يخيط فلان الاجنبي عشرة جاز البيع ويخير المشتري ان شاء اخذه بثوبه وان شاء ترك وعن ابي يوسف لو اشترى على ان يهب البائع للمشتري او لفلان الاجنبي دينارا من الثمن فالبيع فاسد وفي المنتقى خلافه فيما اذا كانت الهبة من المشتري قال لو اشترى على ان يهب له دينارا من الثمن جاز وهو حسن لان حاصله حطيطة مشترطة ومآلها الى الشراء بالثمن الا بعض ولو باع رقبة الطريق على ان له حق المرور او السفل على ان له قرار العلو جاز ولو باع عبدين على انه شريك المشتري في نصف هذا فسد ولو قال في نصفهما جاز كما لو باع هذا الثوب وقال انا شريكك في نصفه ومقتضى النظر ان يجوز الاول ايضا لانه في الحاصل بيع احدهما بعينه ونصف الآخر شائعا صفقة ولا مانع من ذلك ولو باع هذا بالف الا نصفه بستمائة فقد باع نصفه باربعمائة **قوله** والبيع الى النيروز وهو يوم في طرف الربيع واصله نوروز عرب وقد تكلم به عمر رضي الله عنه فقال كل يوم لنا نوروز حين كان الكفار يتبجحون به والمهرجان يوم في طرف الخريف معرب مهركان وقيل هما عيدان للمجوس وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل عرف بهذا التعليل ان المراد بالمؤجل هنا هو الثمن لا المبيع لان مجرد تاجيل المبيع مفسد ولو كان الى اجل معلوم فلا يناسب تعليل فساد تاجيل المبيع بجهالة الاجل وقوله اذا لم يعرف الخ ان الفساد بالتاجيل الى هذه بناء على عدم معرفة

بخلاف البيع فانه لا يحتملها في اصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات حيث جاز لان هذا تأجيل في الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد

خصوص اوقاتها عند المسلمين فلو كانا يعلمان ذلك صح قيل وتخصيصه اليهود بالفطر ظاهر في ان ابتداء صومهم غير معلوم والحاصل ان المفسد الجهالة فاذا انتفت بالعلم بخصوص هذه الاوقات جاز ولذا قال او كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالايام معلومة هو خمسة وخمسون يوما واعلم ان كون التأجيل في الثمن يصح اذا كان الاجل معلوما هو في الثمن الدين اما لو كان ثمنا عينا فيفسد البيع بالاجل فيه للمعنى الذي ذكرناه مفسد التأجيل المبيع عند قوله ومن باع عينا على ان لا يسلمه الى رأس الشهر وقوله لانها تبتنى على المماكسة المماكسة استنقاص الثمن والمكس والمكاس في معناه وهو موجود في البيع عادة وهو يوجب المنازعة فكانت المنازعة ثابتة في البيع لوجود موجبها في الجملة وعند جهالة وقت القبض يحصل اخرى على وجه يضر بالدين والنفس فلا يشرع العقد مع ذلك وحقيقة هذا يصح تعليلا لقولنا لا يحتمل البيع هذه الجهالة اليسيرة بخلاف الكفالة ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج والحصاد بفتح الحاء وكسرها ومثله القطاف وهو لعنب والدياس وهو دوس الحب بالقدم لينقشر واصله الدواس بالواو لانه من الدوس قلبت الواو ياء للكسرة قبلها والجزاز اي جز صوف الغنم لانها تتقدم وتتأخر وذكر شمس الائمة ان المراد به جواز التحمل ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة اي قريب ادراكها وازالة جهالتها وتحليل الدليل هكذا هذه جهالة يسيرة وكل جهالة يسيرة متحملة بالكفالة لانها عقد تبرع مبني على المسامحة فهذه متحملة فيها وعلى هذا فالسؤال المورد من قبل شمس الائمة وهو كون الجهالة اليسيرة متحملة في موضع لا يدل على ان يكون التأجيل الى هذه الاوقات المجهولة متحملا الا ترى ان الصداق يتحمل الجهالة حيث يتحمل جهالة وصفه ثم لا يصح فيه اشتراط هذه الاجال سؤال اجنبي عن هذا المحل ثم اجاب بان الاصح صحة هذه الاجال في الصداق خلافا لقول البعض انها لا يصح تأجيل الصداق اليها وانما يرد هذا اذا قيل الجهالة اليسيرة متحملة في الصداق كجهالة الوصف فيورد عليه النقض بعدم تحمل جهالة هذه الاجال ويجاب بما ذكر وقوله لاختلاف الصحابة اخرجه مخرج الاستدلال على انها جهالة يسيرة فان من الصحابة من اجازها كعائشة رضي الله عنها اجازت البيع الى العطاء وابن عباس منعه وبه اخذنا ولو كانت جهالة قوية لم يختلفوا في عدم الصحة معها وقد قالوا ان العطاء كان لا يتقدم ولا يتأخر فجاز كونها اجلا اذ ذاك لصدق الخلفاء الراشدين في ميعادهم في صرفه واما الآن فيتأخر عن مواعيدهم كثيرا فلا يصح التأجيل اليه الآن فان صح هذا فكيف يتصور من ابن عباس خلافه والظاهر انه كان يتقدم ويتأخر قليلا بنحو يوم او يومين فاهدرته عائشة رضي الله عنها واعتبره ابن عباس رضي الله عنه ثم قيل اليسيرة ما يكون الموجب للجهالة التردد في التقدم والتأخر والفاحشة هي ما يكون التردد في نفس الوجود كهبوب الريح وقوله ولانه معلوم الاصل اي ولان الدين معلوم فاعاد الضمير عليه لانه لازم للكفالة ان يلتزم دينا يعني الاصل وهو الدين معلوم والجهالة في وصفه وهو كونه مؤجلا الى كذا الذي قد يتقدم ويتأخر وقوله الا يرى الخ ابتداء لا تعليل لقوله لانه معلوم الاصل وحاصله انه اثبت كون الجهالة يسيرة باختلاف الصحابة في مثلها وبان الدين المكفول به معلوم الاصل فلم تبق جهالة الا في الوصف وجهالة الوصف يسيرة ثم ارتفع الى اولوية صحة هذه الاجال في الكفالة بان بعض الكفالة يحتمل جهالة الاصل كالكفالة بما ذاب لك على فلان او الذوب غير معلوم الوجود فلان تحتمل جهالة الوصف فيه اولى بخلاف البيع فانه لا يحتملها في اصل الثمن فكذا في وصفه فاتجه عليه ان يقال لا يلزم من عدم تحمل الاصل الثمن الجهالة عدم تحمل وصفه وهو اخف لان الاصل اقوى اجيب بان الاشتراك في العلة يوجبه في الحكم وعلة عدم تحملها في الاصل الافضاء الى المنازعة وهو موجود في جهالة الوصف ثم افاد ان ما ذكره من عدم تحمل البيع جهالة

العطار

ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل ان يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع ايضا وقال زفر رحمه الله لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة وهو عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد والشاة الذكية وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر له اعتبار الفصل الاول اذ محلية البيع منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين الاجنبية واخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل عبد لانه مجهول ولابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة واما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير باجازته وفي المكاتب برضاه في الاصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع فكان هذا اشارة الى البقاء كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

هذه الآجال بها فاذا ذكرت في اصل العقد اما اذا انعقد بلا اجل وهو قوله بخلاف ما اذا باع مطلقا اي عن ذكر الاجل حتى انعقد صحيحا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات فانه يجوز التاجيل بعد الصحة كالكفالة تتحمل الجهالة اليسيرة ولانه تاجيل دين من الديون بخلافه في صلب العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد وقبول هذه الآجال شرط فاسد قوله ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا على اسقاط الاجل قبل ان يجيء بان اسقطاه قبل ان يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع ايضا كما جاز اذا عقد بلا اجل ثم الحق هذه الآجال وقال زفر لا يجوز وتقييده بهذه الآجال لاخراج نحو التاجيل بهبوب الريح ونزول المطر فانه لو اجل بها ثم اسقطه لا يعود صحيحا اتفاقا وجه قوله ان العقد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل كالاشهاد عليه بعد عقده بلا شهود لا ينقلب جائزا وبيع الدرهم بالدرهمين اذا اسقط الدرهم لا يعود صحيحا ولنا ان هذه الجهالة المانعة من لزوم العقد ليس في صلب العقد بل باعتبار امر خارج هو الاجل وصلب العقد البدلان مع وجود المقتضي للصحة وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي فاذا ازال المانع قبل وجود ما يوقعه سبب الفساد وهو المنازعة عند المطالبة الكائنة عند مجيء الوقت ظهر عمل المقتضي وهو معنى انقلابه صحيحا بخلاف ما قاس عليه من الاشهاد والمتأخر فان عدم الاشهاد وعدم الشرط وقع المشروط فاسدا لعدم الشرط فلا يتغير ذلك بعينه صحيحا مثاله اذا صلى بلا وضوء ثم توضأ لا تصير تلك الصلاة صحيحة وانما نظير ما نحن فيه ان يتوضأ قبل محل المفسد وهو عدم الشرط وذلك قبل الصلاة واما النكاح الى اجل فليس هو عقد النكاح بل عقد آخر لا وجود له في الشرع بعد نسخ المتعة وعقد من العقود لا ينقلب عقدا آخر فلا يصح اسقاط الدرهم لان الفساد في صلب العقد والذي يحتاج بعد هذا الى الجواب ما اذا اسقط الشرط على الخمر فيما اذا باع بالف ورطل خمر نص محمد على جواز البيع وانقلابه صحيحا ذكره في اخر الصرف اللهم الا ان يقال هو تبع للالف الثمن في بيع المسلم بخلاف ما اذا باع بالخمر فانه حينئذ يتعين كون الخمر هو الثمن المفسد فلا متبع هناك هذا والحاق زفر بالنكاح الى اجل بطريق الالزام فانه يجيز النكاح المؤقت وقوله في الكتاب تراضيا اي مختصر القدوري قوله ومن جمع بين عبد وحر او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما سواء فصل ثمن كل واحد او لم يفصل هذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح ان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد بما سمى له وكذا في الذكية واذا لم يسم بطل بالاجماع وبقول ابي حنيفة قال مالك وعن الشافعي واحمد كل من القولين على الخلاف اذا باع خلا وخمرا ولو جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره ولم يفصل الثمن صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند الثلاثة وقال زفر فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر واجمعوا انه لو باع عبدين فاستحق احدهما لا يبطل البيع في الآخر لزفر الاعتبار بالفصل الاول وهو ما اذا جمع بين عبد وحر ولم يفصل ثمن كل بجامع انه باع ما لا يصح بيعه مع ما يصح مجموعا صفقة وهو يوجب انتفاء محلية البيع بالاضافة الى المجموع اذ يصدق ان الكل من حيث هو كل ليس بمال ولهما في الاول ان الفساد لا يتعدى محل المفسد وبعد تفصيل الثمن يقتصر المفسد وهو عدم المحلية على الحر ونحوه فلا يتعدى الى غيره لانه بلا موجب لان كلا منهما قد انفصل عن الآخر بتفصيل الثمن الا ترى انه لو هلك احدهما قبل القبض بقي العقد في الآخر لو كان كل منهما عبدا وصار كما لو جمع بين اخته واجنبية في عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل منهما لان الفساد حينئذ في الثمن لجهالة ثمنه ولابي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين اعني الجمع بين الحر والعبد والجمع بين الاجنبية واخته والمدبر والعبد ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا والبيع صفقة واحدة بدليل انه ليس للقابل ان يقبل في احدهما بعد جعل قبول العقد في كل شرطا في بيع الآخر فقد شرط في قبول العقد قبوله في الحر وهو شرط فاسد فيبطل بيع العبد بخلاف النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد اما بيع هؤلاء فموقوف على القضاء في المدبر ورضا المكاتب في الاصح خلافا لما روي عن ابي حنيفة وابي يوسف واجازة ذلك الغير فقد دخلوا في العقد

فصل في احكامه

واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي رحمه الله لا يملكه وان قبضه لانه محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك وانما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة اولى ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه وشيء آخر وهو ان في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا انه يكتفى به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد استحسانا وهو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض المفيد في مجلس العقد

لقيام المالية على قول بعض المجتهدين في ام الولد ايضا فدخلوا ايضا على قول ابي حنيفة وابي يوسف الا ان المالك اي مالك الامة العبد المضموم الى عبد البائع باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم رد والبيع بعد وجوده فيما يقبله وهذا في ام الولد بناء على صحة القضاء ببيعها عندهما خلافا لمحمد وهو بناء على ان اجماع التابعين اللاحق هل يرفع خلاف الصحابة السابق عندهما لا لقوى لرفع خلاف الصحابة وعند محمد نعم ولذا صح القضاء ببيعها عندهما نظرا الى الخلاف وعنده لا نظرا الى الاجماع وارتفاع الخلاف مع ان قول عبيدة لعلي لما قال بدا لي راي ان يبعن رأيك في الجماعة احب الينا من رأيك وحدك ظاهر في ان اكثر الصحابة كانوا على منع بيعها او كلهم الا عليا وقد ذكر الكرخي رجوع ابي يوسف في مسئلة الطوق والجارية اذا باعهما بثمن موجل كما يجيء في الصرف فاستدلوا به على رجوعه في جميع هذه المسائل اذ الفرق بينها لا يتضح كذا في المبسوط قيل ينبغي ان يكون الجمع بين متروك التسمية عامدا وبين الذبيحة كالجمع بين القن والمدبر على قول ابي حنيفة لضعف الفساد في متروكها للاجتهاد واجيب بالفرق بانه لا يحل بالقضاء ويصح بيع المدبر والاجتهاد فيه غير معتبر بل نفس الاجتهاد خطأ لمصادمته ظاهر النص او قد يجعل الخلاف بينهم بناء على الخلاف في تعدد الصفقة واتحادها فقد تقدم اول كتاب البيع ان تعددها عندهما بتعدد الثمن وتفصيله وعنده لا يحصل بذلك التعدد بل لا بد مع ذلك من تكرار لفظ البيع وما في الذخيرة ان البائع اذا فصل الثمن وسمى لكل ثمنا على حدة واتحد الباقي كانت الصفقة متعددة هو قول ابي حنيفة واورد من قبلهما ان قبول العقد فيما لا يصح شرط ليس فيه منفعة فلا يكون مفسدا واجيب بمنع اشتراط النفع في افساد الشرط او لا وليس بشيء ثم لو سلم ففيه نفع لان في قبوله قبول بدله وهو مال متقوم والحر ليس بمال فيكون بدله خاليا عن العوض فيكون ربا وقوله فكان هذا يعني رد والبيع اشارة الى البقاء يعني دخولهم تحت البيع لان رد المبيع بعد انعقاده لا يصح واذا خرجوا بعد دخولهم لا يكون في بيع بالحصة ابتداء بل بقاء كما اذا باع عبدين فهلك احدهما قبل القبض ينفسخ البيع فيه وحده ويجب حصة الآخر من الثمن واذا كان المدبر واخواته محلا للبيع لم يكن جهة بيع القن تتضمن اشتراط قبول العقد في غير المبيع قوله في الكافي جمع بين وقف وملك واطلق صح في الملك في الاصح وقال الحلواني يفسد فيهما ثم رجع وقال جاز في الملك كما في العبد والمدبر ولو باع قرية فيها مسجد قديم ان كان عامرا فسد البيع والا لا وكذا في المقبرة ولو اشترى دارا فيها طريق العامة لا يفسد البيع والطريق عيب لو اشترى دارا بطريقها ثم استحق الطريق ان شاء امسكها بحصتها وان شاء ردها ان كان الطريق مختلطا بها وان كان متميزا لزمه الدار بحصته ومعنى اختلاطه كونه لم يذكر له الحدود وفي المنتقى اذا لم يكن الطريق محدودا افسد البيع والمسجد الخاص كالطريق المعلوم ولو كان مسجد جماعة فسد البيع في الكل وفي بعض النسخ ولو كان مسجد الجامع فسد في الكل وكذا لو كان مهدوما وارضا ساحة لا بناء فيها بعد ان يكون اصله مسجد جامع كذا في المجتبى والظاهر ان هذا متفرع على قول ابي يوسف في المسجد الا ان كان من ربعه معلوم بعادية ولو باع قرية وفيها مسجد واستثنى المسجد جاز ❊

فصل في احكامه قال واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع صريحا او دلالة كما سيأتي وفي العقد عوضان كل منهما مال ملكه البائع ولزمته قيمته ومعلوم انه اذا لم يكن فيه خيار شرط لان ما فيه من الصحيح لا يملك بالقبض فكيف بالفاسد ولا يخفى ان لزوم القيمة حينئذ انما هو بعد هلاك المبيع في يده اما مع قيامه في يده فالواجب رده بعينه وقال الشافعي لا يملكه وان قبضه لانه اي البيع الفاسد محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد بين المشروعية والنهي والمراد ان النهي يتضمن انتفاء المشروعية ولهذا اي لكونه غير مشروع لا يفيد الملك قبل القبض ولو كان مشروعا لثبت قبله كما في البيع الصحيح وصار كما اذا باع الخمر بالميتة او باع الخمر بالدراهم فان الاتفاق على انه لا يفيد الملك في الوجهين وما ذلك الا لانتفاء مشروعية السبب ولنا ان ركن العقد صدر من اهله في محله ولا خفاء في الاهلية ولا في المحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام

ويشترط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع
بنفي الثمن قوله ... قيمية فذوات القيم وانما في ذوات الامثال يلزم المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وفيه الاعلى المثل لانه اعدل من المثل ...

اى الكلام مفروض فيما اذا كان في العقد عوضان هما مال لان قوله نعمة الملك لا تنال بالمحظور قلنا ممنوع بل ما وضعه الشرع سببا لحكم اذا نهى عنه على وضع خاص ففعل مع ذلك الوضع رأينا من الشرع انه اثبت حكمه واثمه اصله الطلاق وضعه لازالة العصمة ونهى عنه بوضع خاص وهو ما اذا كانت المراة حائضا ثم رأيناه اثبت حكم طلاق الحائض فازال به العصمة حتى امر ابن عمر بالمراجعة رفعا للمعصية بالقدر الممكن واثم المطلق فصار هذا اصلا في كل سبب شرعي نهى عن مباشرته على الوجه الفلاني اذا بوشر معه يثبت حكمه ويعصى به وقوله النهي نسخ المشروعية بمعنى يفيد انتفاءها مع الوصف فنقول ما تريد بانتفاء مشروعية السبب كونه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف او كونه لا يفيد حكمه ان اردت الاول سلمناه ونمنعناه انه مع ذلك لا يفيد حكمه مع الوصف المقتضي للنهي كما اريناك من الشرع وان اردت الثاني فهو محل النزاع فيصح مصادرة حيث جعلت محل النزاع جزء الدليل لا يقال فلا فائدة للنهي ح لان فائدة التحريم والتاثيم وهو موضع النهي فانه للتحريم او لكراهة التحريم اذا كان ظني الثبوت وهذا الخلاف ما اذا لم يكن الثابت ركن العقد بان لم يكن مالا بان عقد على الخمر او الميتة لعدم الركن فلم يوجد السبب اصلا فلا يفيد الملك فوضعنا الاصطلاح على الفاسد والباطل باعتبار اختلاف حكمهما تمييزا قسمينا ما لا يفيد حكمه باطلا وما يفيده فاسدا اخذا من مناسبة لغوية تقدمت اول باب البيع الفاسد ولا خفاء في حسن هذا التقدير ان شاء الله تعالى وكفاية واما قول الصدر وغيره من المشائخ النهي يقرر المشروعية لاقتضائه التصور يريدون ان النهي عن الامر الشرعي يقرر شرعيته لان النهي عن الشيء يقتضي تصور المنهي عنه والا لم يكن للنهي فائدة فليس بذلك لان كونه يقتضي تصور المنهي عنه بمعنى امكان فعله مع الوصف المثير للنهي لا يفيد لانه اذا فعل هذا المتصور يقع غير مشروع وان ارادوا التصوره شرعا اى ما ذونا فيه شرعا فممنوع فان قالوا نريد تصوره مشروعا باصله لا مع هذا الوصف الذي هو مثير النهي قلنا سلمناه ولكن الثابت في صورة النهي هو المقرون بالوصف فهو غير مشروع معه والمشروع وهو اصله بمعنى البيع مطلقا عن ذلك الوصف غير الثابت هنا فلا فائدة في هذا الكلام اصلا اذ نسلم انه مشروع باصله اعنى ما لم يقترن بالوصف وهو مفقود فلا يجدي شيئا وح فقوله فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك يقال عليه ما تريد بنفس البيع الذي ليس فيه الوصف الذي هو متعلق النهي او ما فيه ان قلت الذي ليس فيه سلمناه وبه تنال نعمة الملك لكن الثابت البيع الذي معه ليس كذلك وهو ما فيه الوصف المثير للنهي فلا تنال به نعمة الملك فيحتاج الى ما قررناه من منع ان السبب اذا كان مع النهي لا يفيد الملك الى اخر ما ذكرنا جليا قوله انما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء فالمراد ان يجمع بين ما نحن فيه وبين البيع وقت النداء في ثبوت الملك عند عدم كون النهي لعين المنهي عنه كما اذا كان مع عدم ثبوت الركن والا فالنهي للمجاور يفيد الكراهة لا الحظر والنهي للوصف اللازم كما نحن فيه يفيد الحظر هذا الا في اقول وبالله التوفيق مع ذلك ان الخمر والخنزير ليسا بمال في شريعتنا فان الشارع اهانهما بكل وجه حتى لعن حاملهما وعاصرها مع انها مفقودة حال الاعتصار بل الموجود ح نية ان يصير خمرا وبائعها واكل ثمنها وهي مال في شرع اهل الكتاب على زعمهم وحيث امرنا ان نتركهم وما يدينون فقد امرنا باعتبار بيعهم اياها وبيعهم بها فاذا كان احد العوضين خمرا او خنزيرا في بيع المسلم فهو باطل لا يفيد الملك في البدل الاخر وان كان ما ثمنا وان كان في بيعهم فصحيح والله اعلم وقوله وانما لا يثبت الملك قبل القبض الى اخره جواب عن مقدر هو انه اذا كان هذا البيع يفيد حكمه فما وجه تراخيه عنه الى وقت القبض فاجاب وحاصل الوجه فيه انا قد اريناك انه بسبب محظور وان ما هو سبب محظور طلب الشرع رفعه بالقدر الممكن وان رتب حكمه كما هو امر بمراجعة الحائض فوجب ذلك في البيع وحيث امرنا باعدامه بعد فعله صار فيه ضعف وراثنا حكم السبب

قال ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان كان الفساد بشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا انه لم تتحقق المرضاة في حق من له الشرط

فقد تأخر عنه في الشرع لسبب من الاسباب فاخرناه الى القبض فانه به يتأكد العقد فيوجب ح حكمه كالهبة لما ضعف السبب لم يثبت الملك فيها الا بالقبض وقوله كيلا يؤدي الى تقرير الفساد والى زيادة تقريره فان المبادرة اليه تزيده وجودا مع انه واجب الرفع فلا يفعل ذلك وقوله وان كان الخمر مثمنا فقد خرجناه يريد ما قدمه من ابطال البيع اذا كانت مبيعا لان في جعلها المقصود بالعقد اعزازا لها قوله وشيء اخر اي وجه آخر لبطلان العقد اذا كانت مبيعة وهو ان الواجب ح تسليم قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليمها وتسلمها والقيمة لا تكون الا دراهم او دنانير فتصير القيمة مبيعة لقيامها مقام مبيع وهو خلاف وضع الشرع في سائر البياعات من ان المقابل للسلع من النقود ثمن لا يقال لا مانع من ذلك بان الدراهم والدنانير اذا قوبلت بمثلها صار كل منهما مبيعا وثمنا والخمر قد قوبلت بالدراهم فاذا نزلت القيمة مكانها صارت دراهم مقابلة بدراهم لانا نقول الثابت هناك كون كل مبيعا وثمنا وهنا يلزم مبيعا ليس غير وقد يقال لما كان الواجب بقبض المبيع في الفاسد القيمة لا الثمن والمدفوع في بيع الخمر قيمتها اشبه الصرف فتكون القيمة مبيعة وثمنا كالقيمة التي يدفعها المشتري ثم شرط في الملك ان يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر من المذهب الا انه يكتفى بالاذن دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد ولم يمنعه البائع استحسانا هو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق اما اذا كان امره بالقبض فانه يملكه ولو كان القبض مع غيبة البائع ولو قيل لا نسلم ان هذا البيع تسليط لما تقدم من ضعفه عن افادة حكمه بنفسه فهذا هو وجه الرواية المقابلة للصحيح وتسمى الرواية المشهورة والجواب ان ضعفه انما يؤثر منع ثبوت حكمه بمجرده لا منع قبضه مطلقا وصار كالهبة في ضعف السبب مع ان القبض فيها في مجلس العقد يصح استحسانا واثر الضعف يكفي فيه كون التسليط الذي يثبته يفيد الى المجلس حتى لو قبضه في غير ذلك المجلس بحضرته ولم ينهه لا يصح قبضه قياسا واستحسانا وعن الهندواني انه قال يجب ان يكون القبض بعد الافتراق عن المجلس بغير اذنه اذا كان ادى الثمن مما يملكه البائع اخذا من اطلاق ما سياتي واما ما ذكر في المأذون من اشتراط اذن البائع في صحة القبض بعد الافتراق فتاويله اذا لم ينقد الثمن او كان الثمن خمرا مثلا حتى لا يملك بالقبض فاما اذا ملك به فلا يحتاج الى الاذن ويكون قبض الثمن منه اذنا بالقبض وفي المجتبى في التخلية اختلاف الروايات والاصل انها ليست بقبض وفي الخلاصة التخلية كالقبض في البيع الفاسد في بيوع الجامع الكبير وفي المحيط باع عبدا من ابنه الصغير فاسدا واشترى عبده لنفسه فاسدا لا يثبت الملك حتى يقبضه ويستعمله وفي جمع التفاريق لو كان وديعة عنده وهي حاضرة ملكها وقوله فيخرج عليه اي على اشتراط المال في البيع الفاسد عدم البيع وبطلانه بالميتة والدم والحر والبيع بالريح والبيع مع نفي الثمن كلها باطلة لعدم المال في العوض والبيع بالريح بحسب ما يقال من المهملات الكلامية وقيد بنفي الثمن لانهما لو سكتا عن الثمن فلم يذكراه بنفي ولا اثبات انعقد فاسدا وثبت الملك بالقبض موجبا للقيمة لان مطلق البيع يقتضي المعاوضة فاذا سكت عن عوضه كان عوضه قيمته وكأنه باعه بقيمته فيفسد البيع وقوله لزمته قيمته يعني يوم القبض ولو زادت قيمته في يده فاتلفه لانه انما دخل في ضمانه بالقبض فلا يعتبر كالغصب وقال محمد ح عليه قيمته يوم اتلفه لانه بالاستهلاك تقرر عليه الضمان فتعتبر قيمته ح كذا في الكافي وهذا في ذوات القيم واما في ذوات الامثال فيلزمه المثل ومنها العدديات المتقاربة لانه مضمون بنفسه اي لا بالقيمة واحترز به عن البيع الصحيح هذا والقول في القيمة والمثل قول المشتري لانه الضامن فالقول له في القدر والبينة بينة البائع

قوله ولكل واحد من المتبايعين فسخه دفعا للفساد اي للمعصية فرفعه حق الله تعالى فان نفس العقد مكروه والجري على موجبه بالتصرف في المبيع بتمليك او انتفاع بوطء او لبس او اكل كذلك اي يكره لما فيه من تقرير المعصية وهي كراهة التحريم والوجه ان يكون حراما لان الاجماع على منعه

قال فان باعه المشترى نفذ بيعه لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثانى ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع باصله دون وصفه والثانى مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه بمجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشترى فى الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان فى المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع

شرعا قطعى يوجب الحرمة وعرف من تعليل المص برفع المعصية ان الواجب ان يقال وعلى كل واحد فسخه غير انه اراد مجرد بيان ثبوت ولاية الفسخ فوقع تعليله اخص من دعواه وحاصل المنقول فى المسئلة انه اذا كان الفساد فى صلب العقد وهو ما يرجع الى الثمن او المثمن كبيع درهم بدرهمين او ثوب بخمر فيملك كل فسخه بحضرة الاخر عندهما لانه وان كان حق الشرع ففيه الزام موجب الفسخ فلا يلزمه الا بعلمه وعند ابى يوسف بغير حضرته ايضا ولم يحك المص هذا الخلاف وان كان الفساد بشرط زائد كالبيع على ان يقرضه ونحوه او الى اجل مجهول فلكل واحد ولاية فسخه قبل القبض واما بعد القبض فيستقل من له منفعة الشرط والاجل بالفسخ كالبائع فى صورة الاقراض والمشترى فى الاجل بحضرة الاخر دون من عليه عند محمد رح لان منفعة الشرط اذا كانت عائدة عليه صح فسخه لانه يقدر ان يسقط الاجل فيصح العقد فاذا فسخه فقد ابطل حقه لقدرته على تصحيح العقد وعندهما لكل منهما حق الفسخ لانه مستحق حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد والعقد اذا كان غير لازم تمكن كل من فسخه كذا فى الذخيرة والايضاح والكافى فعلى هذا المذكور هنا قول محمد وحده وهذا اذا كان المبيع فى يد المشترى على حاله لم يزد ولم ينقص اما لو زاد المشترى فى يد المشترى زيادة متصلة متولدة من الاصل او لا او منفصلة كذلك او انتقص بآفة سماوية او بفعل الغير بائعا او مشتريا او اجنبيا فسنذكره وقوله لانه الخ جواب سؤال يرد على قوله لقوة العقد وهو انه لما كان قويا ينبغى ان يكون لاحد ولاية الفسخ وان كان له منفعة الشرط فاجاب بان القياس ذلك الا انه لما لم يتحقق المراضاة فى حقه كان له الفسخ

قوله فان باعه اى باع المشترى ما اشتراه شراء فاسدا بيعا صحيحا نفذ بيعه لانه ملكه فكذا التصرف وسقط حق البائع الاول فى الاسترداد لتعلق حق العبد بالعقد الثانى ونقض الاول ما كان الا لحق الشرع وحق العبد عند معارضته حق الله تعالى يقدم باذن الله تعالى لغناه سبحانه وسعة عفوه وجوده وفقر العبد وضيقه ولا ينقض بالصيد اذا احرم مالكه وهو فى يده حيث يلزم اطلاقه فقدم حق الشرع على العبد لانا نقول الواجب عليه اطلاقه لا اخراجه عن ملكه فيطلقه بحيث لا يضيع عليه وهذا جمع بين الحقين ولا ينقض باسترداد وارث البائع اذا مات البائع من المشترى مع انه تعلق به حق العبد وهو الوارث لان الحق المتعلق للوارث هو نفس الحق الذى كان للمشترى وكان مشغولا بحق البائع فى الرد فينتقل اليه كذلك اما الموصى له بالمبيع فكالمشترى الثانى فليس لوارث البائع استرداده منه لان له ملكا متجددا والسبب اختيارى لا بتصرف من المشترى ولو قيل المشترى الثانى ايضا انما ينتقل اليه المبيع مشغولا بذلك الحق لان ذلك كان فيه للبائع الاول وليس فى قدرته ان يبطل حقه فلا يصل ما باعه الى المشترى الا مشغولا بذلك احتاج الى الجواب وايضا الاول مشروع باصله لا وصفه والثانى مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه لزيادة قوته ولانه اى البيع الثانى حصل بتسليط من جهة البائع اى البائع الاول لان التمليك منه مع الاذن فى القبض تسليط على التصرف فلا يتمكن من الاسترداد من المشترى الثانى والا كان ساعيا فى نقض ما تم به ويؤدى الى المناقضة قيل عليه فعدم تمكنه من الاسترداد فى بيع نفسه اولى والجواب انه قبل بيع المشترى وتصرفه لم يكن باسترداده ساعيا فى نقض ما تم به لان الكائن من جهته تسليطه على البيع وتمامه بان يفعل المسلط وهذا التسليط نفسه معصية فجعل له رحمة عليه ان يتدارك بالتوبة وذلك يكون قبل الفوات بفعل المسلط فاذا لم يتدارك حتى فعل وتعلق به حق عبد فقد فوت على نفسه المكنة بتقصيره وحقيقة الحال ان حق كل من البائع والمشترى ليس له الا ليتدارك رفع معصيته بالتوبة ومتى اخر حتى تعلق حق عبد من المشترى والموهوب له والموصى له فقد فوته اما الوارث فانه مامور بخلاص ميتته من المعصية ما امكن فشرع له ذلك الحق لذلك وهذا بخلاف تصرف المشترى فى الدار المشفوعة بالبيع والهبة فانه لا يمنع حق الشفيع وله ان ينقض هذه التصرفات ويأخذها بالشفعة وان تعلق به حق الغير لان حق الشفيع

قال ومن اشترى عبداً بخمر او خنزير فقبضه واعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا انه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر ولانها تنعقد شيئاً فشيئاً فيكون الرد امتناعاً قال وليس للبائع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به فيصير محبوساً به كالرهن وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا

وحق البائع حق العبد فيعارضه ويترجح الشفيع لانه اسبق ولانه لم يوجد من الشفيع تسليط على الشراء كما في البيع ولو ورد فينبغي ان يكون حق المشتري احق من حق الشفيع لانه ثان فيكون ناسخاً اجيب بانه انما يفسخ اذا كان مثله في القوة والسبق من اسباب الترجيح فترجح الشفعة قوله ومن اشترى عبداً بخمر المراد اشترى عبداً شراء فاسداً بخمر او غيره فاعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا من انه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته فيه وانما وجبت القيمة لانه بالاعتاق قد هلك فوقع الاياس عن الاسترداد فتعينت القيمة وبالبيع والهبة انقطع حق الاسترداد على ما مر في المسئلة قبلها من انه تعلق به حق العبد اعني المشتري الثاني والاسترداد لحق الشرع وحق العبد مقدم فقد فوت المكنة بتاخير التوبة والكتابة والرهن بعد قبضه نظير البيع يعني اذا كاتب العبد المبيع بيعاً فاسداً او رهنه فهو نظير البيع لانهما لازمان لحق العبد فينقطع حق الاسترداد فتلزمه القيمة الا انه يعود بعجز المكاتب وفك الرهن ولا فائدة في تخصيصهما بذلك بل يعود حق الاسترداد في البيع والهبة اذا انتقضت هذه التصرفات بالرد بالعيب والرجوع في الهبة ولو بلا قضاء لانه عاد الى قديم ملكه ثم حق الاسترداد انما يعود اذا لم يقض بالقيمة على المشتري فان قضى بها عليه ثم عاد الى ملكه ليس للبائع ان يسترده لتحول حقه عن العين الى القيمة كالعبد المغصوب اذا ابق فقضى على الغاصب بالقيمة ثم رجع ليس للمالك اخذه لما قلنا وقوله وهذا بخلاف الاجارة فانه اذا اجر المشتري شراء فاسداً لا ينقطع به حق الاسترداد لان الاجارة تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر والنكاح كالاجارة لانه عقد على منفعة فاذا زوج المشتري الجارية المشتراة شراء فاسداً كان للبائع ان يستردها لان حق الزوج في المنفعة لا يمنع حق البائع في الرقبة ولانه لا يفوته ملك تلك المنفعة فان مع الاسترداد النكاح قائم كما لو زوجها البائع نعم تصير بحيث له منعها وعدم تبوئتها بيتاً غير انه اذا ظفر بها له وطؤها ولان الاجارة تنعقد شيئاً فشيئاً فيكون الاسترداد بالاضافة الى المنافع التي لم تحدث امتناعاً عن العقد عليها ولو قطعت يد العبد المشترى شراء فاسداً واخذ المشتري الارش او ولدت الجارية واخذ موجب ذلك للبائع الفسخ ويرد الزيادة عليه ولو قطع الثوب وخاطه او بطنه وحشاه انقطع الاسترداد كما في الغصب ولو صبغه فعن محمد يخير البائع بين اخذه واعطاء ما زاد الصبغ فيه وتركه وتضمين قيمته كالغصب والحاصل ان كل تصرف لو فعله الغاصب انقطع به حق المالك اذا فعله المشتري انقطع به حق الاسترداد للبائع وذكر الكرخي ان الصبغ بالعصفر يمنع الاسترداد وعن محمد انه كالغصب ولا يمنع الاسترداد بموت المشتري فيسترد البائع من الوارث ولا بموت البائع فيسترده وارثه من المشتري وزيادة المشتري شراء فاسداً لا تمنع الاسترداد الا اذا كانت بفعل المشتري كالخياطة والصبغ ونقصانه بفعل المشتري او بفعله في نفسه او بآفة سماوية لا يمنع فيسترده البائع مع ارش النقصان وليس له ان يتركه عليه ويضمنه تمام القيمة وان كان بفعل اجنبي فله ان ياخذ الارش من المشتري وان شاء اخذه من الجاني وفي قتل الاجنبي ليس له تضمين الجاني ولو وطئ المشتري الجارية لا يمتنع الرد منه ولا الاسترداد من البائع فلو رد او استرد لزمه العقر للبائع اما ان اتلفها ضمن قيمتها قوله وليس للبائع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن قيل يعني القيمة التي اخذها من المشتري وليس بلازم بل قد يكون ذلك او الثمن الذي تراضيا عليه كيف كان ليس له اخذه حتى يرد ما اخذه لان المبيع مقابل به فيصير محبوساً به كالرهن وعلى هذا الاجارة الفاسدة والرهن الفاسد والقرض الفاسد اعتباراً بالعقد الجائز اذا تفاسخا فالمستاجر ان يحبس ما استاجره حتى ياخذ الاجرة التي دفعها للموجر وكذا المرتهن حتى يقبض الدين لان هذه عقود معاوضة فتجب التسوية بين

قال ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة رح رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية وقالا ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتاخير بخلاف حق البائع ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه وشك يعقوب في حفظه الرواية عن ابي حنيفة رح وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف

البدلين ولومات البائع بيعا فاسدا والموجر اجارة فاسدة والراهن او المقرض كذلك فالذي في يده المبيع او الرهن احق بثمنه من غرماء الميت لانه يتقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته الا ان الرهن مضمون بقدر الدين والمشتري بقدر ما اعطى فما فضل فللغرماء بخلاف ما اذا مات المحيل وعليه دين ولم يقبض المحتال الدين او الوديعة من المحال عليه فانه لا يختص المحتال بدين الحوالة او الوديعة مع ان دين المحيل صار مشغولا بحق المحتال كما في الرهن لان الاختصاص انما يوجبه ثبوت الحق مع اليد لا مجرد الحق ولا يد للمحتال ثم ان كانت الدراهم الثمن التي دفعها قائمة بعينها ياخذها المشتري بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح خلافا لما ذكر ابو حفص انها لا تتعين كما في البيع الصحيح وهو رواية كتاب الصرف ورواية ابي سليمان تتعين وهو الاصح لكن سياتي ما يقوي رواية ابي حفص لان البيع الفاسد بمنزلة الغصب والثمن في يد البائع كالمغصوب وان كانت مستهلكة قال المص ره اخذ مثلها وكذا ذكر قاضي خان وذكر في الفوائد الظهيرية وفخر الاسلام وجماعة من شراح الجامع الصغير انه يباع المبيع لحق المشتري فان فضل شيء عما دفعه يصرف الى الغرماء ولا شك انه غير لازم لان الواجب له بعد الاستهلاك مثل حقه والمستهلك وهو الدراهم **قوله** ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري او غرس فيها اشجارا فعليه قيمتها وانقطع حق البائع في استردادها بالبناء والغرس وقال ابو يوسف ومحمد ينقض البناء ويقلع الغرس وتسترد الدار لهما ان حق الشفيع في الدار التي يستحق فيها الشفعة اضعف من حق البائع بيعا فاسدا في الاسترداد بدليل انه يحتاج في ثبوت الملك له في الدار الى القضاء ويبطل بالتاخير بعد العلم ولا يورث وحق هذا البائع في الاسترداد ولا يتوقف على قضاء ولا يبطل بالتاخير ويثبت لورثته والاتفاق على ان حق الشفعة الاضعف لا يبطل بالبناء والغرس فاقواهما وهو حق البائع اولى ان لا يبطل بهما فيثبت بدلالة ثبوته ولابي حنيفة ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط البائع فينقطع به حق الاسترداد كالبيع والهبة بخلاف حق الشفيع فانه وان كان اضعف لم يوجد ما يبطله وهو تسليطه على الفعل اعني البناء بما يقتضيه وهو النقض والقلع ولهذا لا يبطل بالبيع والهبة ايضا بل ياخذها من يد المشتري الثاني بالشفعة لان البيع ليس بتسليط منه وهذه المسئلة من المسائل التي انكر فيها ابو يوسف الرواية لمحمد على الوجه المذكور في الجامع فقول المص وشك يعقوب ره في حفظ الرواية عن ابي حنيفة بذلك قالوا الشك في حفظ الرواية عنه لا في مذهبه يعني ان مذهبه معروف انه لا ينقض البناء ولكن تجب القيمة على المشتري فان محمدا نص على هذا الاختلاف في كتاب الشفعة فانه قال فيه اذا بنى في الدار المشتراة شراء فاسدا فللشفيع الشفعة عند ابي حنيفة وعندهما لا شفعة فهذا دليل على ان الرواية عن ابي حنيفة ثابتة لان حق الشفعة في الدار المبيعة بيعا فاسدا مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد فلولا قوله بانقطاع حق الاسترداد بالبناء لم يوجب الشفعة فيها غير ان حكاية شمس الائمة قول ابي يوسف لمحمد ما رويت لك عن ابي حنيفة انه ياخذ قيمتها وانما رويت لك ان ينقض البناء وقال محمد بل رويت لي انه ياخذ قيمتها صريح في الانكار لا في الشك وصريح في انه ينقل عن ابي حنيفة ما يوافق مذهبهما وعدم الخلاف وقول المص فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف معناه ان حق الشفعة وجودا وعدما مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وجودا وعدما فوجوده مبني على عدمه وعدمه مبني على وجوده وعلى هذا فثبوته على الاختلاف بالجر وجماعة من الشارحين قالوا وثبوته بالرفع مبتدأ وعلى الاختلاف خبره وهو عطف على مبني والمعنى ثبوت حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوت حق الشفعة على الخلاف فعنده يثبت حق الشفعة فهو قائل بانه لم ينقطع وعندهما لا يثبت حق الشفعة فيثبت حق الاسترداد والاقرب ان الاوجه ثبوته بثبوت انقطاع حق البائع

قال ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا تتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث لعدم الملك عند ابي حنيفة رح ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها

في الاسترداد والمعنى حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوت انقطاعه به على الخلاف عنده لا ينقطع فله النقض والهدم وعندهما ينقطع فلا يسترد واتفقت الروايات ان طلب حق الشفعة في البيع الفاسد يعتبر وقت انقطاع حق البائع لا وقت الشراء واورد على ابي حنيفة رح لما وجب نقضهما لحق الشفيع وفيه تقرير الفساد فاولى ان يجب نقضهما لحق البائع وهو اقوى وفيه اعدام الفساد واجيب بمنع الملازمة فان البائع جان ولا جناية من الشفيع فلا يلزم من النقض لاجل من لا جناية منه النقض لمن جنى فان قيل اذا انتقض البناء والغراس لاجل الشفيع ينبغي ان يعود حق البائع في الاسترداد كما اذا فسخ البيع عن العبد اجيب بان المانع من الاسترداد انما يزول بعد ملك الشفيع فيثبت حق نقض البناء والغرس حكما للملك هذا وقولهما اوجه لان قول ابي حنيفة رح ان البناء مما يقصد به الدوام ممنوع للاتفاق في الاجارة على ايجاب القلع فظهر انه قد يفعل للبقاء وقد لا فان قال المستاجر يعلم انه يكلف القلع فيفعله ذلك دليل على انه لم يرد البقاء قلنا المشتري شراء فاسدا ايضا يكلف القلع عندنا وقولك لا يلزم ذلك محل النزاع فاقل الامر ان يعلم الخلاف ويجوز ان يكلف النقض فيفعله مع ذلك دليل قصده عدم البقاء الا مدة ما واما التعليل لبعضهم له بانه اتصل حق العبد فصار كالبيع فبعيد عن الصواب لان ذلك فيما اذا كان العبد عبدا آخر اشتراه ممن اشتراه شراء فاسدا وقبل الهبة فيه بطريق صحيح وما نحن فيه نفس العاقد الجاني بعقده هو الذي بنى فلا يستحق بجنايته وفعله المقرر لمعصيته ان ينقطع حق الفاسد للتوبة وهو في الحقيقة حق الله تعالى بخلاف ما اذا اتصل به حق من لا جناية منه فانه جل وعلا اذن في تقديم حقه قوله ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها المشتري وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن الذي قبضه من المشتري اذا عمل فربح والاصل في هذا ان المال نوعان نوع لا يتعين في عقود المعاوضات كالدراهم والدنانير ونوع يتعين وهو ما سواهما والخبث نوعان خبث في البدل لعدم الملك في المبدل وخبث لفساد الملك فالخبث لعدم الملك يعمل في النوعين حتى ان الغاصب او المودع اذا تصرفا في المغصوب او الوديعة وهما عرض او نقد وادّيا ضمانهما وفضل ربح وجب التصدق به عند ابي حنيفة ومحمد لانه بدل مال الغير فيما يتعين فيثبت فيه حقيقة الخبث وفيما لا يتعين ان لم يكن ما اشتراه به بدل مال الغير لان العقد لا يتعلق به بل بمثله في الذمة لكنه انما توسل الى الربح بالمغصوب والوديعة فتمكن فيه شبهة الربح بمال الغير من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع ان نقد الدراهم المغصوبة او تقدير الثمن ان اشار الى الدراهم المغصوبة ونقد من غيرها فيتصدق به لان الشبهة معتبرة كالحقيقة في ابواب الربا والخبث لفساد الملك دون الخبث لعدم الملك فيوجب شبهة الخبث فيما يوجب فيه عدم الملك حقيقة الخبث وهو ما يتعين كالجارية في مسئلتنا ويتعدى الى بدلها وشبهة الشبهة فيما يوجب فيه عدم الملك الشبهة وهو ما لا يتعين وشبهة الشبهة غير معتبرة لان اعتبار الشبهة خلاف الاصل بالنص وهو نهيه عن الربا والريبة فلا يتعدى الى اعتبار ما دونها كشبهة شبهة الشبهة ولئلا ينسد باب التجارة وهو مفتوح فلهذا قال يتصدق المشتري بالربح فيها ويطيب للبائع ما ربح في الثمن ولا اشكال ان هذا انما هو على الرواية القائلة لا تتعين النقود في البيع الفاسد اما على الرواية القائلة تتعين فحكم الربح في النوعين كالغصب لا يطيب وقد ذكر المص ان رواية التعيين في البيع الفاسد هو الاصح فحينئذ الاصح وجوب التصدق على البائع ايضا بما ربح في الثمن غير ان هذه المسئلة بهذا التفصيل في طيب الربح صريح الرواية في الجامع فان فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رح في رجل اشترى من رجل جارية بيعا فاسدا بالف وتقابضا وربح كل واحد منهما فيما قبض قال يتصدق الذي قبض الجارية بالربح ويطيب الربح للذي قبض الدراهم فالاصح ان الدراهم لا تتعين في البيع الفاسد لا كما قال وقول المص لا تتعين في العقود اي عقود البياعات بخلاف ما سواها من الشركة والوديعة والغصب وقول بعضهم احترز به عن الوديعة والغصب والسرقة انما يصح لو كان لفظ البياعات او المعاوضات مذكورا في المص وليس

قال: وكذا إذا ادعى على آخر مالا فقضاه إياه ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح لأن الخبث لفساد الملك ههنا لأن الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين

فصل فيما يكره

قال: ونهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن النجش وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره قال عليه السلام لا تناجشوا قال: وعن السوم على سوم غيره قال عليه السلام لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه ولأن في ذلك إيحاشا وإضرارا وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة أما إذا لم يركن أحدهما إلى الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما نذكره وما ذكرناه محمل النهي في النكاح أيضا قال: وعن تلقي الجلب وهذا إذا كان يضر بأهل البلد فإن كان لا يضر فلا بأس به إلا إذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر

كذلك وهذا التفصيل قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يطيب له الربح مطلقا لأن عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد وعند زفر والشافعي لا يطيب في الكل لأن الدراهم والدنانير تتعين حتى لو اشترى بهذه الدراهم فهلكت بطل البيع عندهما كما في المبيع المعين وعندنا لا يبطل وليس له أن يحبسها ويعطي مثلها. قوله وكذلك الخ قال في الجامع الصغير وكذلك لو ادعى على آخر مالا فقضاه ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم التي قبضها على أنها دينه يطيب له الربح لأن الخبث لفساد الملك هنا لأن الدين وجب بالتسمية أي بالإقرار عند دعواه المال ثم استحق بالتصادق وكان المقبوض بدل المستحق وهو الدين وبدل المستحق مملوك أي ملكا فاسدا سواء كان عينا أو دينا أما عينا فبدليل أن من اشترى عبدا بجارية أو ثوب ثم أعتق العبد واستحقت الجارية يصح عتق العبد فلو لم يكن بدل المستحق مملوكا لم يصح العتق إذ لا عتق في غير الملك والعبد بدل الجارية المستحقة وإذا ملكه فاسدا فيما لا يتعين لا يعمل فيه خبثا فيطيب له الربح وفي الجامع الكبير لقاضي خان بدل المستحق مملوك بدليل ما لو حلف لا يفارقه حتى يستوفي حقه فباعه المديون عبدا بعينه بذلك الدين وقبضه ثم استحق العبد لا يحنث لأن المديون ملكه في ذمته بهذا البيع فيكون مستوفيا حقه فلم يحنث وبيان فساد الملك في بدل المستحق أنه إذا استحق البدل يجب رده ولا يبطل البيع فيتمكن فيه شبهة الخبث فإذا حصل الربح في دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا تعتبر واعلم أن ملكه باعتبار زعمه أنه قبض الدراهم بدلا عما يزعم أنه ملكه أما لو كان في أصل دعواه الدين متعمد الكذب فلم يقع إليه لا يملك أصلا لأنه يتيقن أنه لا ملك له فيه

فصل فيما يكره لما كان دون الفاسد أخره عنه وليس المراد بكونه دونه في حكم المنع الشرعي بل في عدم فساد العقد وإلا فهذه الكراهات كلها تحريمية لا نعلم خلافا في الإثم ومقتضى النظر عندي أن يكون على أصولنا الشراء على سوم الآخر بشرطه والحاضر للبادي في القحط والإضرار فاسدا وتلقي الجلب إذا لبس باطلا ويثبت معه الخيار وهذا لأن النهي مطلقة للتحريم إلا لصارف وهذه المعاني المذكورة سببا للنهي تؤكد المنع لا تصرفه عنه فإن في اعتراض الرجل عن سوم الآخر وبعد الركون وطيب نفس البائع بالمسمى إثارة للعداوة والبغضاء كالخمر والميسر فيحرم ذلك وشراء ما يحتاج به في زمن الحاجة ليغالي على الناس ضرر عام بالمسلمين وأهل الذمة فيحرم وكذا البيع من القادمين مع حاجة المقيمين فإنه لم يرض بالثمن المذكور إلا على تقدير كونه سعر البلد فيجب أن يكون غير منعقد لعدم الرضى به ويثبت له خيار الفسخ كقول الشافعي وكقول مالك وكون الوصف مجاورا ولازما لا أثر له في ما ذكرنا فإن الاصطلاحات لا تنفي المعاني الحقيقية المقتضية للبطلان والفساد على أن معنى الفساد ليس إلا كون العقد مطلوب التفاسخ للمعصية بمباشرة المنهي عنه ويملك البدل منه بالقبض وتأخر الملك إلى القبض ليس إلا لوجوب رفع المعصية برفعه ويجب في هذه البياعات ذلك كله غير أنه لما كان المنع بأخبار الآحاد الظنية سموه مكروها على اصطلاحهم ولما كان الركن هو مبادلة المال بالمال بالتراضي ثابتا حقيقة فاسد

قوله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره بعد ما بلغت قيمتها فإنه تغرير للمسلم ظلما فأما إذا لم تكن بلغت قيمتها فزاد إلى القيمة لا يريد الشراء فجائز لأنه نفع مسلم من غير إضرار بغيره إذا كان شراء الغير بالقيمة قال صلى الله عليه وسلم لا تناجشوا في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تتلقوا الركبان للبيع ولا يبع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبع حاضر لباد والنجش بفتحتين ويروى بسكون الجيم قوله وعن السوم أي ونهى عن السوم في حديث ابن عمر رضي الله عنهما في الصحيحين في لفظ لا يبع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له وفي الصحيحين من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقي الركبان إلى أن قال وأن يستام الرجل على سوم أخيه وعرفت تفسيره وهو ما فيه من الإيحاش والإضرار وشرطه وهو أن يتراضيا بثمن ويقع الركون به

قال وعن بيع الحاضر للبادى فقد قال عم لا يبيع الحاضر للبادى وهذا اذا كان اهل البلدة فى قحط وعوز وهو يبيع من اهل البدو طمعا فى الثمن الغالى لما فيه من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك لا باس به لانعدام الضرر **قال** والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعى على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه فى كتاب الصلوة **قال** كل ذلك يكره لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان الفساد فى معنى خارج زائد لا فى صلب العقد ولا فى شرائط الصحة **قال** ولا باس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صح ان النبى عم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه

فيجئ آخر فيدفع للمالك اكثر او مثله غير انه رجل وجيه فيبيعه منه لوجاهته واما صورة البيع على بيع اخيه بان تراضيا على ثمن سلعة فيجئ آخر فيقول انا ابيعك مثل هذه السلعة بانقص من هذا الثمن فيضر بصاحب السلعة فظهر تصوير البيع على بيع اخيه والسوم على سوم اخيه والوارد فيهما حديثان فلا حاجة الى جعل لفظ البيع فى قوله صلى الله عليه وسلم لا يبع احدكم على بيع اخيه جامعا للبيع والشراء مجازا انما يحتاج الى ذلك لو لم يرد حديث الاستيام وكذا محله فى الخطبة فان لم يتراضيا فهو بيع من يزيد ولا باس به كما سنذكر **قوله** وعن تلقى الجلب فى الصحيحين عن عبد الله بن عباس نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يتلقى الركبان وان يبيع حاضر لباد قال فقلت لابن عباس ما قوله حاضر لباد قال ان لا يكون له سمسارا وللتلقى صورتان احدهما ان يتلقاهم المشترون للطعام منهم فى سنة حاجة ليبيعوه من اهل البلد بزيادة وثانيهما ان يشترى منهم بارخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر ولا خلاف عند الشافعية انه اذا خرج اليهم لذلك انه يعصى اما لو لم يقصد ذلك بل اتفق ان خرج فراهم فاشترى ففى معصيته قولان والوجه انه يعصى اذا لم يلبس وعندنا محل النهى اذا كان يضر باهل البلد او يلبس اما اذا لم يضر او لم يلبس فلا باس **قوله** وعن بيع الحاضر للبادى تقدم النهى عنه ومحل النهى اذا كان اهل البلد فى عوز اى حاجة او قحط وهو يبيع من غير اهل البلد طمعا فى الثمن الغالى للاضرار بهم وهم جيرانه اما اذا لم يكن كذلك فلا باس لانعدام الضرر وقال الحلوانى هو ان يمنع السمسار الحاضر القروى من البيع ويقول له لا تبع انت انا اعلم بذلك فيتوكل له ويبيع ويغالى ولو تركه يبيع بنفسه لرخص على الناس وفى بعض الطرق زاد قوله صلى الله عليه وسلم دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض وفى المجتبى هذا التفسير اصح ذكره فى زاد الفقهاء لموافقته الحديث وعلى هذا فتفسير ابن عباس بان لا يكون له سمسارا ليس هو تفسير البيع الحاضر للبادى وهو صورة النهى بل تفسير بضدها وهى الجائزة فالمعنى انه نهى عن بيع السمسار وتعرضه ثانيه لما سئل عن كيفية نهى بيع الحاضر للبادى قال المقصود ان لا يكون له سمسارا فنهى عنه بالسمسار **قوله** والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى اذا نودى للصلوة من يوم الجمعة الى قوله وذروا البيع كانه يجعل الوقت من حين الاذان مشغولا بصلاة الجمعة تعظيما لها كما قالوا فى النهى عن الصلوة بعد صلوة العصر قبل التغير وفيه زيادة انه قد يفضى الى الاخلال بواجب السعى على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فى منع البيع فى كتاب الصلوة وهو ما يكون بعد دخول الوقت **وقوله** كل ذلك يكره اى كل ما ذكرناه من اول الفصل الى هنا يكره الى التحليل على ما قدمناه ولا يفسد به البيع باتفاق علمائنا حتى يجب الثمن ويثبت الملك قبل القبض وهو قول الشافعى لكنه يثبت الخيار فى تلقى الركبان على ما قدمناه عنه وقدمنا قول مالك بالبطلان فيه وفى النجش وكذا بيع الحاضر للبادى وبه قال احمد وعلل الصحة بان الفساد فيه فى معنى خارج زائد لا فى صلب العقد ولا فى شرائط الصحة واستشكله فى الكافى لان البيع يفسد بالشرط وهو خارج عن العقد ليس فى صلبه قال الا ان يحول الخارج بالمجاور وانت علمت ما عندنا فى ذلك **قوله** ولا باس ببيع من يزيد وهو صفة البيع الذى فى اسواق مصر المسمى بالبيع فى الدلالة لانه صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد روى اصحاب السنن الاربعة من حديث انس بن مالك ان رجلا من الانصار اتى النبى صلى الله عليه وسلم يسأله فقال له اما فى بيتك شئ قال بلى حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه وقعب نشرب فيه الماء قال ائتنى بهما فاتاه بهما فاخذهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال من يشترى هذين فقال رجل انا آخذهما بدرهم قال من يزيد على درهم مرتين او ثلثا فقال رجل انا آخذهما بدرهمين فاعطاهما اياه واخذ الدرهمين فاعطاهما الانصارى وقال اشتر باحدهما طعاما فانبذه الى اهلك واشتر بالآخر فاسا فائتنى به فاتاه به فشد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عودا بيده ثم قال اذهب فاحتطب وبع ولا ارينك خمسة عشر يوما فذهب الرجل يحتطب ويبيع فجاء وقد اصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوبا وببعضها طعاما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا خير لك من ان تجئ المسئلة

ان خرج لغرض المعصية

نوع منه **قال** ومن ملك مملوكين صغيرين احدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك ان كان احدهما كبيرا والاصل فيه قوله عم من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة ووهب النبي صلى الله عليه وآله وسلم لعلي رض غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال عم ادرك ادرك ويروى اردد اردد ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان احد الصغيرين له والآخر لغيره لا باس ببيع احدهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا باس به كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به

احبته في وجهك يوم القيمة ان المسئلة لا تصلح الا لثلاثة لذي فقر مدقع او لذي غرم مفظع اي الذي هو مرجع واخرجه الترمذي مختصرا انه صلى الله عليه وسلم باع حلسا وقدحا فيمن يزيد قال الترمذي حديث حسن لا نعرفه الا من حديث الاخضر بن عجلان عن عبد الله الحنفي وقد رواه غير واحد عن الاخضر بن عجلان وقال في علله الكبير سألت محمد ابن اسمعيل عن هذا الحديث فقال الاخضر بن عجلان ثقة **قوله** نوع منه اي من البيع المكروه اي الذي لا يحل على ما عرفت ان الكراهة تحريمية وانما فصله لان الكراهة فيه لمعنى يرجع في غير المعقود عليه وفيما تقدم لا يرجع اليه او لانها مسائل يجمعها معنى واحد هو التفريق بخلاف الاول ومن ملك مملوكين باي سبب من اسباب الملك شراء او هبة او ميراثا صغيرين او احدهما وبينهما رحم محرمية لم يفرق بينهما سواء كان في بيع او هبة او وصية وذكره بصورة النفي مبالغة في المنع ولا نظر في الوصية الى جواز ان يتاخر الموت الى انقضاء زمان التحريم لان ذلك موهوم والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه الترمذي عن ابي ايوب الانصاري رض قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة وقال حديث حسن غريب وصححه الحاكم على شرط مسلم وفيه نظر فان فيه حيي بن عبد الله لم يخرج له في الصحيح واختلف فيه ولاختلاف فيه لم يصححه الترمذي ورواه احمد بقصة وروى الحاكم في المستدرك عن عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ملعون من فرق بين والدة وولدها وقال اسناده صحيح وفي طليق بن محمد تارة يرويه عنه عن عمران بن حصين وتارة عنه عن ابي بردة وتارة عن طليق عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا قال الدارقطني وهو المحفوظ وقول ابن القطان لا يصح لان طليقا لا يعرف حاله يريد بخصوص ذلك والا فالحديث له طرق كثيرة وشهرة والفاظ توجب صحة المعنى المشترك منه وهو منع التفريق الا ان في سوقها طولا خليناه واما حديث علي رض فاخرجه الترمذي وابن ماجه من حديث الحجاج بن ارطاة عن الحكم بن عتيبة عن ميمون بن ابي شبيب عن علي رض قال وهب لي رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين اخوين فبعت احدهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا علي ما فعل غلامك فاخبرته فقال رده رده قال الترمذي حديث حسن غريب وتعقبه ابو داود بان ميمونا لم يدرك عليا وهو على طريقتهم من ان المرسل من اقسام الضعيف وعندنا ليس كذلك واخرجه الحاكم والدارقطني من طريق آخر عن عبد الرحمن بن ابي ليلى عن علي رض قال قدم على النبي صلى الله عليه وسلم سبي فامرني ببيع اخوين فبعتهما وفرقت بينهما ثم اتيت النبي صلى الله عليه وسلم فاخبرته فقال ادركهما فارتجعهما وبعهما جميعا ولا تفرق بينهما وصححه الحاكم على شرط الشيخين ونفى ابن القطان العيب عنه وقال هو اولى ما اعتمد عليه في هذا الباب ومن طريق آخر رواه احمد والبزار وفيه انقطاع ولا يقتصر على اصلنا على ما عرف قال المص ولان الصغير يستأنس بالكبير والكبير يتعاهده اي يصلح من شانه فكان في التفريق قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه قال عليه الصلوة والسلام من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا رواه ابن ابي شيبة عن عمرو بن العاص كذا رواه البخاري في كتابه المفرد في الادب وروى الطحاوي في مشكل الآثار يونس بن عبد الاعلى ثنا ابن وهب اخبرنا مالك ابن الخير الزيادي عن ابي قبيل عن عبادة بن الصامت عنه صلى الله عليه وسلم قال ليس منا من لم يجل كبيرنا ويرحم صغيرنا وعلى نحو الاول رواه البخاري في كتاب المفرد في الادب من حديث ابي هريرة وقد روي من حديث عدة من الصحابة فهو معنى مشهور لا شك فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المص ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب كمحرم الرضاع وامراة الاب ولا قريب غير محرم كابن العم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لانه على خلاف القياس فيقتصر على مورده ومورده كان في المحرمية كما في الوالدة وولدها والاخوين قيل لو كان كذلك وجب ان لا يمنع التفريق بين الخال وابن اخته والخالة وبنت اختها لان النص ما ورد الا في الوالدة والاخوين فالجواب ان القرابة المحرمة منه ثبت دلالة وهو المفهوم الموافق في عرف الشافعية للقطع لان خصوص الوالدة غير معتبر لان الولد ايضا شملها ففهم منه قرابة الولاد ثم جاز فعلم ان لا قصر في الولاد بل القرابة المحرمية فثبت في الخال والخالة بالدلالة ومعلوم ان المحققين على عدم اشتراط الاولوية في الدلالة والمفهوم يبقى ايراد نقض

قال فان فرق كره له ذلك وجاز العقد وعن ابي يوسف رح انه لا يجوز في قرابة الولادة ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام

ثمانية مسائل يجوز التفريق فيها مع وجود القرابة المحرمة منها الثلث التي ذكرها المصنف رحمه الله اذا كان التفريق بحق مستحق كدفع احدهما بجناية واستيلاد يرد لزم الصغير كاستهلاكه مال الغير مع انه في دفعه غير مجبور اذ له ان يدفع عنه الفداء والدين ويستبقيه ورده وحده بعيب يخصه فيرده وحده كاستهلاكه بعيب يخصه فيرده وحده وان كان عن ابي يوسف رحمه الله انه يردهما جميعا او يمسكهما كما في مصراعي الباب اذا وجد باحدهما عيبا والرابعة ان يدبر احدهما او يستولد الامة فيجوز بيع الآخر والخامسة ان يكونا لحربي مستامن فباع احدهما فللمسلم ان يشتريه مع ان المنع كما هو للبائع كذلك للمشتري والسادسة لو كانوا ثلاثة في ملكه احدهم صغير حل بيع احد الكبيرين مع انه يصدق التفريق بين الكبير والصغير والسابعة انه يجوز ان يعتق احدهما بمال وبلا مال ويكاتبه مع انه حصول الفرقة بالاخراج عن ملكه والثامنة لو كان الولد مراهقا ورضي بالبيع واختاره ورضيت امه جاز بيعه فالجواب عن الثلاثة الاول ما اشار اليه المصنف بقوله لان المنظور اليه في منع التفريق دفع الضرر عن غيره وهو الصغير لا الحاق الضرر به اي بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين فيما تقدم فاذا منعنا التفريق كان الزاما الضرر بالمالك والعلة هي ما ذكرنا من الرحم المحرمية غير المستلزم ضررا بالمالك فعند استلزامه يكون علة المنع منتفية عند من يمنع تخصيص العلة او مخصصة باستلزام ضرره عند من يخصصها وبهذا يجاب عن الرابع انه يلزم المالك الحجر عليه بمنعه من التصرف في ماله راسا بخلاف ما قبل التدبير فانه يمكنه بيعهما والانتفاع ببدلهما وعن الخامس بان مفسدة التفريق عارضها هنا تقدير عدمه مفسدة اعظم فانه ان لم يشتره احد يذهب به الى دار الحرب ومفسدة كونه هناك تثبت وتكون اعظم من ضرر التفريق على الصغير لانه ضرر الدين والدنيا فالدين ظاهر والدنيا لتعريضه على القتل والسبي والهلاك ويجيء ما ذكرنا على المذهبين في تخصيص العلة وعدمه وعن السادس بان العلة ما هو مظنة الضياع والاستيحاش وقد بقي له من يقوم مقام الثالث على ان في رواية عن ابي يوسف يمتنع بيع الثالث في الكفاية اجتمع في الصغير عدد من اقاربه لا يفرق بينه وبين واحد اختلفت جهة القرابة كالعم والخال او اتحدت كالخالين عند ابي يوسف لانه يستوحش بفراق الكل وعن السابع بان العتق والكتابة غير الجمع لا التفريق فان المعتق والمكاتب يزول الحجر عنه فيتمكن من الكون مع اخيه حيث ما كان واين صار وعن الثامن بانتفاء الضرر عنهما لاختيار ذلك فقد تحقق خلو الوصف الظاهر المنضبط عن الحكمة فلا يشرع معه الحكم قال الكل الى عدم العلة في الحقيقة ومن صور جواز التفريق ما في المبسوط ان كان للذمي عبد له امرأة امة ولدت منه فاسلم العبد وولده صغير فانه يجبر الذمي على بيع العبد وابنه وان كان تفريقا بينه وبين امه لانه تصير مسلما باسلام ابيه فهذا تفريق بحق **قوله** فان فرق كره ذلك وجاز العقد اذا كان المالك مسلما حرا او كاتبا او ماذونا اما اذا كان كافرا فلا لانهم غير مخاطبين بالشرائع والوجه انه ان كان التفريق في ملتهم حلالا لا يتعرض لهم الا ان كان بيعهم من مسلم فيمتنع على المسلم وان كان ممنوعا في ملتهم لا يجوز وعن ابي يوسف لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك اي قرابة الولاد وغيرها وهو قول احمد لما روينا من حديث علي رضي وقول النبي صلى الله عليه وسلم ادركهما وارتجعهما فان الامر بالادراك والارتجاع لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله والكراهة لمجاور والنهي لمعنى مجاور لا يوجب الفساد بخلافه لوصف لازم فشابه كراهة الاستيام على سوم اخيه ويجب تاويل الامر بالادراك والارتجاع على طلب الاقالة مع ظهور انه يقبلها رغبة في ثواب الاقالة او ان يبيع الاخ الآخر منه واعلم ان مدة منع التفريق انما تمتد الى بلوغ الصغير بالاحتلام او بالحيض ذكر فيه حديثا في المبسوط عنه صلى الله عليه وسلم لا تجمعوا عليهم بين السبي والتفريق ما لم يبلغ الغلام والجارية وعن عبادة بن الصامت عنه صلى الله عليه وسلم قال لا تفرقوا بين الام وولدها قيل الى متى فقال الى ان يبلغ الغلام وتحيض الجارية رفعه في المبسوط وهو قول الشافعي وفي اظهر قوليه

وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح انه عم فرق بين مارية وسيرين وكانتا اختين

الى زمان التمييز سبع او ثمان بالتقريب والى زمان سقوط الاسنان والحديث المذكور ذكره الحاكم وصححه وخطاه صاحب التنقيح وقال لا شبهة انه موضوع وسببه ان في سنده عبد الله بن عمرو بن حسان قال الذهبي كذاب وقيل رماه ابن المديني بالكذب غير ان الحكم المذكور وهو التفريق بعد البلوغ حكم ثابت شرعا وقال بعض مشايخنا اذا راهقا ورضيا بالتفريق فلا بأس به لانهما من اهل النظر لانفسهما وربما يريان المصلحة في ذلك قوله وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص ليثبت فيه المنع الحاقا بالدلالة اذ كان على اصله على خلاف القياس وقد صح انه صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين بالسين المهملة ذكره ابن عبد البر في الاستيعاب قال البزار بعد ان غلطه للحديث طريق ذكرها لكن روى هذا الحديث عن بشر بن المهاجر حاتم بن اسمعيل ووهم ابن دهثم انتهى وبشير عن عبد الله بن بريدة عن ابيه قال اهدى المقوقس القبطي لرسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين وبغلة كان يركبها فاما احدى الجاريتين فتسراها فولدت له ابراهيم عليه السلام وهي مارية ام ابراهيم واما الاخرى فوهبها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحسان بن ثابت رض وهي ام عبد الرحمن بن حسان وذكر ان هذا الحديث في صحيح ابن خزيمة واخرجه البيهقي بسند اخر في دلائل النبوة مرسلا انه صلى الله عليه وسلم بعث حاطب بن ابي بلتعة الى المقوقس الى ان قال واهدى له مع حاطب كسوة وبغلة مسرجة وجاريتين احداهما ام ابراهيم واما الاخرى فوهبها عليه الصلوة والسلام لجهيم بن قيس العبدي وهي ام زكريا ابن جهيم الذي كان خليفة عمرو بن العاص على مصر وهذا مخالف لما تقدم وجمع بينهما بحديث آخر رواه البيهقي بسنده الى حاطب قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى المقوقس ملك الاسكندرية فجئت بكتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فانزلني في منزله فاقمت عنده ثم بعث الي وجمع بطارقته الى ان قال وهذه هدايا ابعث بها معك الى محمد فاهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلث جوار منهن ام ابراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم وواحدة وهبها لابي جهيم بن الحنيفة العدوي وواحدة وهبها لحسان بن ثابت فهذا يعلم من الفاظ هذا الحديث وطرقه وليس في شيء منها ان الجاريتين كانتا اختين وهو موضع الاستدلال لا جرم ذكر ابو الربيع سليمان الكلاعي في كتاب الاكتفاء عن الواقدي باسناد له ان المقوقس ارسل الى حاطب ليلة الى ان قال فارجع الى صاحبك فقد امرت له بهدايا وجاريتين اختين فارهتين وبغلة من اكبى والف مثقال ذهبا وعشرين ثوبا من لين وغير ذلك امرت لك بمائة دينار وخمسة اثواب فارحل من عندي لا يسمع القبط منك حرفا واحدا فهذا مع توثيق الواقدي دليل على المطلوب وقد اسلفنا توثيقه وكذا ذكر ذلك ابن عبد البر في الاستيعاب ونقله احمد بن عبد الله الطبري عن ابي عبيدة في خاتمة مناقب امهات المؤمنين وبوب ابو داود للتفريق بين المدركات للحديث الذي في مسلم عن سلمة بن الاكوع قال خرجنا مع ابي بكر فغزونا فزارة الى ان قال فجئت بهم الى ابي بكر وفيهم امراة معها ابنة لها من احسن العرب فنفلني ابو بكر ابنتها فقدمت المدينة فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا سلمة هب لي المراة فقلت هي لك ففدى بها اسارى ثلثة انتهى مختصرا فهذا التفريق وان كان من فعل ابي بكر لكن لا شك في ان النبي صلى الله عليه وسلم علمه واتهب الجارية ولم يردها الى امها الى العبد وارها حين فدى بها فهذا والله اعلم هو الدليل على التفريق بين الكبيرين فروع اذا كان مع الصغير ابواه لا يباع واحد منهم ولو كان معه ام واخ او ام وعمة او خالة او اخ جاز بيع من سوى الام وروى هشام عن محمد انهم لا يباعون الا معا اعتبارا لاختلاف الجهة والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية لان شفقة الام تغني عمن سواها ولذا كانت احق بالحضانة من غيرها فهذه الصورة مستثناة من اختلاف الجهة والجدة كالام فلو كان معه جدة ومعه وخالة جاز بيع العمة والخالة ولو كان معه عمة وخالة لا يباعون الا معا لاختلاف الجهة مع اتحاد الدرجة ولو كان معه اخوان او اخوة كبار في رواية الامالي لا يباع واحد منهم والصحيح انه يجوز بيع ما سوى واحد منهم وهو الاستحسان لان الشفقة امر باطن لا يوقف عليه فيعتبر السبب ولا يعتبر الا بعد مع الاقرب

باب الاقالة

الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول لقوله عليه السلام من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيمة ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما فان شرط اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما الا ان لا يمكن جعله فسخا فتبطل وهذا عند ابي حنيفة ره وعند ابي يوسف ره هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فيبطل وعند محمد ره هو فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فيبطل لمحمد ره ان اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال اقلني عثرتي فتوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع الا ترى انه بيع في حق الثالث ولابي يوسف ره انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه احكام البيع ولابي حنيفة ره ان اللفظ ينبئ عن الفسخ والرفع كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما

وعند الاتحاد في الدرجة والجهة احدهما الغني وكذا لو ملك ستة اخوة ثلاثة كبار وثلاثة صغار فباع مع كل صغير كبيرا جاز استحسانا فلو كان معه اخت شقيقة واخت لاب واخت لام باع غير الشقيقة ولو ادعاه رجلان فصارا ابوين له ثم ملكوا جملة القياس ان يباع احدهما لاتحاد جهتهما وفي الاستحسان لا يباع لان الاب في الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذي يبيع فيمتنع احتياطا فصار الاصل انه اذا كان معه عدد احدهم ابعد جاز بيعه وان كان في درجة فان كانوا من جنسين مختلفين كالاب والام والخالة والعمة لا يفرق ولكن يباع الكل او يمسك الكل وان كانوا من جنس واحد كالاخوين والعمين والخالين جاز ان يمسك مع الصغير احدهما ويبيع ما سواه ومثل الخال والعم اخ لاب واخ لام والله الموفق للصواب

باب الاقالة مناسبته الخاصة بالبيع الفاسد والمكروه انه اذا وقع البيع فاسدا او مكروها وجب على كل من المتعاقدين الرجوع الى ما كان له من راس المال صونا لهما عن المحظور ولا يكون ذلك الا بالاقالة الى آخر ما ذكر في النهاية وتبعه غيره وهو مصرح بوجوب التفاسخ في العقود المكروهة السابقة وهو حق لان رفع المعصية واجب بقدر الامكان وايضا الاقالة بيان كيف ترفع العقد وهو يستدعي سابقة ثبوته وابواب البياعات السابقة كلها مع البيع الفاسد والمكروه بيان كيف يثبت فاعقب الرفع معظم ابواب الاثبات ثم قيل الاقالة من القول والهمزة للسلب فاقال بمعنى ازال القول اي القول الاول وهو البيع كاشكاه ازال شكايته ودفع بانهم قالوا قلته بالكسر فهو يدل على ان عينه ياء لا واو فليس من القول ولانه ذكر الاقالة في الصحاح من القاف مع الياء لا مع الواو ايضا ذكر في مجموع اللغة قال البيع قيلا واقالة فسخه قوله الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول عليه اجماع المسلمين لقوله صلى الله عليه وسلم من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيمة اخرجه ابو داود وابن ماجة عن الاعمش عن ابي صالح عن ابي هريرة رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اقال مسلما بيعته اقال الله عثرته زاد ابن ماجة يوم القيمة ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه وقال على شرط الشيخين ولفظ نادما عند البيهقي قال المصنف ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما التي لها شرع البيع وغيره ولا يخفى ان النص المذكور والمعنى انما يفيد مجرد جواز الاقالة واما لزوم كونه على الثمن الاول بعينه فلوجه يفيده المعنى الذي مهده بقوله والاصل اي الاصل في لزوم الثمن الاول حتى يبطل الاقل والاكثر ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين وحقيقة الفسخ ليس الا رفع الاول كأن لم يكن فيثبت الحال الاول وثبوت الحال الاول هو برجوع عين الثمن الى مالكه كأن لم يدخل في الوجود غيره وهذا يستلزم تعين الاول ونفي غيره من الزيادة والنقص وخلاف الجنس والاجل نعم لما لم يكن فعلهما ينفذ على غيرهما جعل بالنسبة الى غيرهما بيعا فيظهر بالنسبة اليهما حكم البيع كما سنذكره فان لم يمكن جعله فسخا كأن ولدت المبيعة بعد القبض وكما اذا كان المبيع عرضا بالدراهم فهلك بطلت في قول ابي حنيفة ره وعند ابي يوسف هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا بان وقعت الاقالة قبل القبض في بيع منقول فتجعل فسخا وان تعذر كونه بيعا وفسخا كأن ولدت الجارية المبيعة والاقالة قبل القبض كما لو كان المبيع عرضا بالدراهم فتقايلا بعد هلاك العرض فهي باطلة وعند محمد هو فسخ الا ان تعذر فيجعل بيعا الا ان تعذر فيبطل ان ابي يوسف كقول ابي حنيفة في الاقالة بعد المتطيين احدهما استقبل كما لو قال تقايلني فقال اقلتك مع انها بيع عنده والبيع لا ينعقد بذلك على ما سلف ومحمد يقول انها فسخ ويقول لا ينعقد الا بالماضي فيها لانها كالنكاح بسبب الشبهة بحكم البيع وابو يوسف مع حقيقة البيع لم يعط حكمه لان المساومة لا تجري في الاقالة فحمل اللفظ على التحقيق بخلاف البيع هكذا في شرح القدوري وذكر في الدراية والذي في فتاوى قاضي خان ان قول ابي حنيفة كقول محمد وفي الخلاصة اختاره اقول محمد ولا يتعين مادة قاف لام بل لو قال تركت البيع وقال الآخر رضيت او اجزت تمت ويجوز قبول الاقالة دلالة بالفعل كما اذا قطعه قميصا في فور قول المشتري اقلتك وينعقد ايضا بتتاركنا وتاركت وجه قول محمد ان اللفظ اي لفظ الاقالة وضع للفسخ والرفع بدليل الاستعمال فانه يقال اقلني عثرتي بمعنى اسقط

اذا ثبت هذا نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربوا ولا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل لما بيناه الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف رح وعند محمد رح جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان قاصدا بهذا البيع وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف رح لانه هو الاصل عنده وعند محمد رح هو فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل واقال يكون فسخا فهذا اولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بيناه ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة رح ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا

اثمرها باعتبارها عدما بعد وجودها وهو المراد بالفسخ اذ حقيقته رفع الواقع عن ان يكون واقعا غير ممكن بعد الدخول في الوجود فيقتصر عليه قضية واذا تعذر الفسخ يحمل على محتمله وهو البيع ولابي يوسف انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع وخصوص اللفظ لا عبرة به غاية الامر انه لم يسم فيه الثمن لانه معلوم كما في التولية واخذ الدار بالشفعة ولهذا تبطل الاقالة بهلاك المبيع بعد الاقالة قبل الرد ووجب للذي كان بائعا الرد بالعيب الحادث عند المشتري وهذه احكام البيع فاذا ترتبت على شيء كان بيعا غير انه اذا تعذر جعله بيعا كما اذا وقعت في منقول قبل قبضه صرنا الى مجازه جعله فسخا تصحيحا لكلام العاقل ما امكن وكونه لا ينعقد به عقد البيع ابتداء ممنوع على قول بعض المشايخ فانه قال يجوز ان ينعقد البيع ابتداء بلفظ الاقالة واستفاؤه في الصحيح لعدم تقدم البيع وهذا بيع هو فرع بيع سابق فلا يتصور بدون سبقه ولابي حنيفة رض ان اللفظ ينبئ عن الرفع على ما قلنا لمحمد رح والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية وكونه يثبت به لوازم البيع من الرد بالعيب والهلاك بالنسبة الى ثالث لا يستلزم كونه من حقيقته اذ اللوازم قد تكون عامة تترتب على حقيقتين مختلفتين فلا تكون الاقالة بيعا لذلك فان قيل فيكون بيعا لثبوت حقيقة معنى البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي لا لثبوت اللوازم الخارجية قلنا انما يريد بالبيع ما كان مفيدا لهذه المبادلة ابتداء لا تراجعا بطريق الرفع حكما على الشرع بذلك اي بانه وضع بهذا الاعتبار ولا يرجع الى مجرد الاصطلاح على ان مسمى لفظ البيع هو المبادلة مطلقا شرطا او تقييدا ان لا يكون تراجعا والاحكام الشرعية لا تختلف باختلاف الاصطلاح في الالفاظ بقي امر آخر وهو انها لم تستعمل في البيع مجازا عند تعذر الفسخ كما قال محمد اجاب عنه بقوله ولا يحتمل ابتداء البيع يحمل عليه عند تعذر الفسخ لانه اي الرفع الذي هو المعنى الحقيقي ضده اي ضد العقد او نقيضه فلا يصح استعماله فيه وهذا طريق الفقهاء لان الاستعمال في الضد انما يكون لتهكم او تمليح وليس ذلك في الفقه او يكون لمشاكلة للفظ وقع في صحبته كجزاء سيئة وليس هنا ذلك فتعين البطلان وكونه بيعا في حق ثالث ليس باعتبار جعلنا اياه مجازا عنه ولكن لامر ضروري وهو انه لما ثبت به مثل حكم البيع وهو الملك ببدل ظهر في حق غيرهما اذ لا ولاية لهما على غيرهما ليصرفا موجب البيع عنه فيقتصر عليهما ويظهر بيعا في حق غيرهما ولئلا يفوت مقصود الشارع في بعض الصور كالشفعة شرعت لدفع ضرر الجوار او الخلطة فاذا فرض ثبوت ذلك في عوده الى البائع ولم يثبت حق الشفعة تخلف مقصوده قوله اذا ثبت هذا اي هذا الخلاف في هذا الاصل فنقول تفريعا عليه اذا شرطا في الاقالة الاكثر كان تقايلا على مائة والبيع بخمسين فالاقالة على الثمن الاول عند ابي حنيفة ويبطل شرط الزيادة لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة وانما بطلت لان الاقالة رفع ما كان لا رفع ما لم يكن لان رفع ما لم يكن ثابتا محال ولم يكن الثابت العقد بذلك القدر فلا يتصور رفعه على مائة توضيحه ان رفعه على مائة يرجع الى المشتري والحال ان لم يكن في الوجود العقد بمائة رفع ما لم يكن له وجود فلا رفع اصلا لان اصل العقد له وجود واياه عينا بالاقالة غير انهما زادا شرطا فاسدا فيثبت الرفع برفعهما ويبطل الشرط الفاسد الذي زاداه بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها فيه ويتحقق به الربا ويصير بيعا فاسدا اذ لا يتصور اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل عنده يصح بقدر الثمن الاول لما بينا انه شرط فاسد فيبطل هو ويثبت قدر الاول الا ان يكون حدث بالمبيع عيب فيصح بالنقصان جعلا للحط بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف وعند محمد تعذر الفسخ على الزيادة فجعل بيعا وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف يصح به لانه بيع وعند محمد هو فسخ بالثمن الاول باعتباره مريدا للاول لكنه سكت عن بعضه ولو سكت عن الكل بان قال اقلتك يكون فسخا عليه فاذا سكت عن بعضه اولى بخلاف ما اذا زاد ولو دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بينا من جعل الحط بازاء ما نقص منه بالعيب فرع ولو باع صابونا رطبا ثم تقايلا بعد ما جف فنقص وزنه لا يجب على المشتري شيء لان كل المبيع باق قوله ولو اقال بغير جنس الثمن الاول بان كان دراهم فاقال على دنانير تبلغ قيمتها قدرها فهو فسخ

ولو ولدت المبيعة ولداً ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعاً والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وكذا عند ابي يوسف رح في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعاً عنده لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه وان تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك احدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيا والله اعلم بالصواب

بالثمن الاول عند ابي حنيفة وتجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا انه عند ابي يوسف بيع وعند محمد اذا تعذر جعله فسخا جعل بيعا **قوله** ولو ولدت المبيعة ولدا يعني بعد القبض ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد زيادة منفصلة والزيادة المنفصلة اذا كانت بعد القبض يتعذر معها الفسخ حقا للشرع بخلاف ما قبل القبض والحاصل ان الزيادة متصلة كانت كالسمن او منفصلة كالولد والارش والعقر اذا كانت قبل القبض لا تمنع الفسخ والاقالة وان كانت بعد القبض فان كانت متصلة فكذلك عنده وان كانت منفصلة بطلت الاقالة لتعذر الفسخ معها والاقالة لا تصح على قوله الا فسخا وعندهما تكون بيعا ومن ثمرات الخلاف انهما لو تقايلا في منقول فقبل ان يسترد المبيع من المشتري باعه من المشتري ثانيا جاز البيع خلافا لابي يوسف رح لان الممتنع البيع قبل القبض في البيع لا الفسخ ولو باعه من غير المشتري لا يجوز اتفاقا ولانه بيع في حق الغير ولو كان غير منقول جاز بيعه من غير المشتري في قول ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وثمرة كونها بيعا في حق غيرهما في مواضع ايضا منها ان المبيع لو كان عقارا له شفيع فسلم الشفعة في اصل البيع ثم تقايلا وعاد الى ملك البائع للشفيع ان يطلب الشفعة في الاقالة اتفاقا ومنها ان البيع لو كان صرفا كان التقابض من الجانبين شرطا في صحة الاقالة لانه مستحق الشرع فكانت بيعا جديدا في حق الشرع ومنها انه لو اشترى شيئا فقبضه قبل نقد الثمن فباعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري ثم ان البائع اشتراه من المشتري باقل من الثمن قبل النقد جاز ويجعل في حق البائع كانه ملكه بسبب جديد ومنها ان السلعة لو كانت هبة في يد البائع ثم تقايلا فليس للواهب الرجوع على البائع لان البائع في حكم الواهب كانه اشتراه **قوله** وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها ووجه الفرق ان المبيع مال حقيقة وحكما لانه عين متعين بخلاف الثمن لانه اما عين بل دين حقيقة وحكما فيما اذا لم يشر اليه عند العقد واما مال حكما لا حقيقة فيما اذا اشار اليه لعدم تعلق العقد بالمشار اليه بل بمثله في ذمته والدين مال حكما لا حقيقة ولذا كانت البراءة منه تصح بلا قبول لعدم المالية الحقيقية غير انها ترتد بالرد للمالية الحكمية وهبة العين لا تصح بلا قبول تحالفا ولا تتادى زكوة العين بالدين لان الدين انقص من العين في المالية ولا يتادى الكامل بالناقص وكذا لا يحنث من حلف لا مال له وله ديون على الناس واذا كان للمبيع هذه المرتبة وجب اظهارها وقد تعذر ذلك في ابتداء البيع لان حاجته الى المبيع والثمن سواء فاظهرناها في البقاء فجعلنا بقاء البيع حكما منضافا الى قيام المبيع فاذا هلك ارتفع البيع وان كان الثمن الدراهم باقية فامتنعت الاقالة اذ رفع ما لا وجود له لا يتصور وانما جازت الاقالة فيما لو كان راس مال السلم عرضا معينا وقبضه المسلم اليه ثم هلك باعتبار ان السلم في هذا كبيع المقايضة لان المسلم فيه مبيع شرعا معقود عليه فقد اعتبر العين ثمنا والدين عينا مبيعا ولذا لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه فجازت الاقالة ويضمن قيمة الهالك ومثله في الاقالة كما في حقيقة المقايضة كما سنذكر اما لو تقايلا والبدلان قائمان ثم هلك احدهما او كان فالاقالة صحيحة وعليه قيمة الهالك او مثله ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه **قوله** ولو تقايضا بالياء المثناة من تحت اي تبايعا بيع المقايضة فهلك احد العوضين جازت الاقالة لان كلا منهما مبيع من وجه فكان البيع باقيا ببقاء العين القائمة منهما فامكن الرفع فيه فعليه تفرع ما اذا اشترى عبدا بامة وتقابضا ثم ان المشتري العبد باع نصفه من رجل ثم اقال البيع في الامة جازت الاقالة وعليه لبائع العبد قيمة العبد وكذا لو لم يبع ولكن قطعت يد العبد فاخذ الارش ثم اقال البائع في الامة ولو هلك البدلان قبل الاقالة ارتفع البيع فامتنعت الاقالة اما لو تقايلا بعد هلاك احدهما وصحت الاقالة ثم هلك الآخر قبل الرد بطلت الاقالة ايضا والفرق بين المقايضة والصرف فان هلاك البدلين في الصرف غير مانع من الاقالة وفي المقايضة مانع ان في الصرف لا يلزمه رد المقبوض بعد الاقالة بل رده او مثله فلا تتعلق الاقالة بعينهما فلا يبطل بهلاكهما بخلاف غيره من البياعات فانه يتعلق بعين المبيع ولو تقايلا السلم وراس المال مما لا يتعين قائم في يد المسلم اليه فانما عليه رد مثله ولو تقايلاه بعد قبض المسلم فيه وهو قائم في يد رب السلم صحت وعلى رب السلم رد عين ما قبضه لان المقبوض بعقد السلم وان كان

باب المرابحة والتولية

قال المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح

عقدا على دين كعين ورد عليه العقد ولهذا يجوز بيعه مرابحة على رأس المال ذكره الاسبيجابي فروع بالمنع الرد بالعيب يمنع الاقالة ولذا اذا هلكت الزيادة المتصلة او المنفصلة ثم واستهلكها اجنبي تتوقف الاقالة على القبول في المجلس وتجوز الاقالة من الوكيل بالبيع والسلم في قول ابي حنيفة ومحمد كالابراء خلافا لابي يوسف واقالة الوكيل بالشراء لا يجوز بالاجماع وفسخ الموكل مع المشتري جائز وفي جميع التفاريق اقالة الوارث جائزة واطلق في الجامع جواز اقالة الوصي و هو مقيد بما اذا لم يبع باكثر من القيمة فان باع باكثر منها لا يصح اقالته وكذا المتولي ايضا لو اشترى باقل من القيمة ليس له الاقالة ولو كان الثمن عشرة دنانير ودفع اليه الدراهم عوضا عن الدنانير ثم تقايلا وقد رخصت الدراهم رجع بالدنانير التي وقع العقد عليها لا بما وقع وكذا لو رد بالعيب وكذا في الاجارة لو فسخت ولو عقدا بدراهم ثم كسدت ثم تقايلا فانه يرد تلك الدراهم الكاسدة ولو عقدا بثمن مؤجل ثم جددا بحال او على القلب انفسخ الاول وكذا لو عقدا بدراهم ثم جددا بدنانير او على القلب الا لو جددا بدراهم اكثر او اقل فلا فهو حط من الثمن او زيادة فيه وقالوا لو باع باثني عشر وحط عنه درهمين ثم عقد بالعشرة لا ينفسخ الاول لانه مثله اذ الحط يلتحق باصل العقد الا في اليمين فيحنث لو كان حلف لا يشتريه باثني عشر ولو قال المشتري بعد العقد قبل القبض للبائع بعه لنفسك فان باعه جاز وانفسخ الاول ولو قال بعه لي او لم يزد على قوله بعه او زاد قوله ممن شئت لا يصح في الوجوه لانه توكيل ولو باع المبيع من البائع قبل القبض لا ينفسخ البيع ولو وهبه قبل القبض انفسخ يعني اذا قبل ولو قال للبائع قبل القبض اعتقه فاعتقه جاز العتق عن البائع وانفسخ البيع عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف العتق باطل وفي الفتاوى الصغرى جحود ما عدا النكاح فسخ فعليه ما خرج في فتاوى قاضي خان من باع امته فانكر المشتري الشراء لا يحل للبائع وطؤها الا ان عزم على ترك الخصومة فيحل له وطؤها لان جحود المشتري فسخ في حقه واذا عزم البائع على ترك الخصومة فقد تم الفسخ بينهما وكذا لو انكر البائع البيع والمشتري يدعي لا يحل للبائع وطؤها فان ترك المشتري الخصومة وعلم البائع بذلك له وطؤها ومثله لو اشترى جارية بشرط الخيار ثلاثة ايام وقبضها ثم رد على البائع جارية اخرى في ايام الخيار وقال هي التي اشتريتها وقبضتها كان القول قوله لانه انكر قبض غيرها فان رضي البائع بها حل وطؤها لان المشتري لما رد اخرى فقد رضي بتمليك البائع الثانية بالاولى فاذا رضي البائع بذلك تم البيع بينهما بالتعاطي وكذا القصار والاسكاف وكذا لو اشترى شيئا مما يتسارع اليه الفساد كاللحم والسمك والفاكهة وذهب المشتري الى بيته ليجيء بالثمن فطال مكثه وخاف البائع فساده كان له ان يبيعه من غيره استحسانا وللمشتري منه ان ينتفع به وان كان يعلم بذلك لان البائع رضي بانفساخ البيع الاول والمشتري كذلك ظاهرا ثم ينظر ان كان الثمن الثاني اكثر من الاول فعليه ان يتصدق بالزيادة وان كان انقص فالنقصان على البائع لا على المشتري الاول ولو اختلف البائع والمشتري فقال المشتري بعته من البائع باقل من الثمن الاول قبل نقده وفسد البيع بذلك وقال البائع بل اقلتنا به فالقول للمشتري مع يمينه في انكار الاقالة لو كان البائع هو الذي يدعي انه اشتراه من المشتري باقل مما باعه والمشتري يدعي الاقالة يحلف كل على دعوى صاحبه

باب المرابحة والتولية قوله المرابحة نقل ما ملك بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة اورد عليه ما لو رابح في ما اشتراه بدراهم مرابحة لا يجوز مع صدق التعريف عليه واجيب في بعض المواضع بانه بيع مرابحة وكونه لا يجوز شيء آخر واعلم ان معنى السؤال المرابحة جائز بلا استثناء شيء وهو مما صدق فيجب ان يجوز لكنه لا يجوز والجواب عنه بان المراد نقل ما ملكه مما هو مبيع متعين بدلالة قوله بالثمن الاول فان كونه مقابلة ثمنا مطلقا يفيد انما ملكه بالضرورة مبيع مطلقا ثم انما لم تجز المرابحة في ذلك لان بدل الصرف لا يتعينان فلم تكن عين هذه الدنانير متعينة ليلتزم معيبا والذي اورده على التقدير الذي صححناه الابراء وما اذا اشتراه نسبة بثمن فلا يجوز ان يرابح عليه مع انه يصدق النقل

والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى ان يعتمد فعل الذكي المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لما اراد الهجرة ابتاع ابو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم ولني احدهما فقال هو لك بغير شيء فقال عليه السلام اما بغير ثمن فلا **قال** ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او بشيء من المكيل موصوف جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم وان باعه بربح ده يازده لا يجوز لانه باعه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال

بالثمن الاول الا ان يقال اذا كان فيه اجل فالثمن الاول بمقابلة شيئين فلم يصدق في احدهما انه بمثل الثمن الاول والحق انه وارد على الطرد وكون المرابحة غير صحيحة هو بمعنى عدم وجودها شرعا فيرد السؤال وعلى عكسه مسائل الاولى اذا ابق العبد المغصوب فقضى بالقيمة على الغاصب ثم عاد فللغاصب ان يبيعه مرابحة على القيمة التي اداها فهذا بيع مرابحة ولا يصدق عليه نقل ما ملكه بالثمن الاول وكذا اذا باعه مرابحة بانعام عليه وكذا لو ملكه بهبة او ارث او وصية وقومه قيمة ثم باعه مرابحة على تلك القيمة انه يجوز صورة هذه المسئلة ان يقول قيمته كذا او رقمه كذا فاربحك على القيمة او رقمه كذا ومعنى الرقم ان يكتب على الثوب المشترى مقدارا سواء كان قدر الثمن او ازيد ثم يرابحه عليه وهو اذا قال رقمه كذا وهو صادق لم يكن خائنا فان غبن المشتري فيه فمن قبل جهله والجواب بما حاصله ان الغصب ملحق بالمعاوضات ولذا صح اقرار المأذون به كما كان اقراره بالمعاوضات جائزا فالقيمة بالقضاء بها بمنزلة الثمن الذي اشترى به وصرح في الفتاوى الكبرى في مسئلة الغاصب انه يقول قام علي بكذا وجواب الثانية يأتي في هذا الكتاب والثالثة ما ذكرنا من ان مبنى المرابحة على عدم الخيانة وهو اذا قال قيمته كذا او رقمه كذا وهو صادق لم يكن خائنا والحق انه لا يرد على ما على عكس الحد وهو ان المرابحة نقل بالثمن الاول مع زيادة ربح والثمن سابق صلى الله عليه وسلم وما يرد ايضا اذا كان رأس المال عبدا مثلا فباع المبيع مرابحة على العبد ممن صاحب اليه العبد بربح معين فانه يجوز مرابحة ولا يصدق عليه انه بمثل الثمن الاول فانه بعينه لا بمثله ويجاب بان هذا العبد في حكم عبد آخر لان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف الاعيان **قوله** والبيعان جائزان استدل على جوازهما بالمعنى وهو التولية بالنص فقال ان النبي صلى الله عليه وسلم الى آخره وفي التولية احاديث لا شبهة فيها منها ما اخرج عبد الرزاق انا معمر عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال التولية والاقالة والشركة سواء لا بأس به ولا خلاف في مرسل سعيد انا ابن جريج عن ربيعة عن النبي صلى الله عليه وسلم حديثا مستفاضا بالمدينة قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه ويستوفيه الا ان يشرك فيه او يوليه او يقيله وحديث ابي بكر الذي ذكره المصنف في البخاري عن عائشة وفيه ان ابا بكر قال للنبي صلى الله عليه وسلم فخذ بابي انت وامي احدى راحلتي هاتين فقال صلى الله عليه وسلم بالثمن اخرجه في باب الهجرة وفي مسند احمد قال صلى الله عليه وسلم قد اخذتها بالثمن وفي الطبقات لابن سعد وكان ابو بكر قد اشتراهما بثمانمائة درهم من نعم بني قشير فاخذ احدهما وهو القصوى فما رواه المصنف صحيح بالمعنى وتفصيله قريب مما ذكر ابن اسحق في السيرة قال فيها فلما قرب ابو بكر رضي الله عنه راحلتين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم افضلهما ثم قال له اركب فداك ابي وامي فقال صلى الله عليه وسلم لا اركب بعيرا ليس لي فقال فهي لك يا رسول الله قال لا ولكن بالثمن الذي ابتعتها به قال كذا وكذا قال قد اخذتها بذلك قال هي لك يا رسول الله فركبا وانطلقا وذكر السهيلي عن بعض اهل العلم انه سئل لم لم يقبلها الا بالثمن وقد انفق عليه ابو بكر اضعاف ذلك وقد دفع اليه حين بنى بعائشة ثنتي عشرة اوقية حين قال له ابو بكر الا تبني باهلك يا رسول الله فقال لولا الصداق فدفع اليه ثنتي عشرة اوقية ونشا والنش عشرون درهما فقال انما فعل ذلك لتكون الهجرة منه صلى الله عليه وسلم بنفسه وماله رغبة منه صلى الله عليه وسلم في استكمال فضل الهجرة الى الله تعالى وان تكون على اتم احوالها وهو جواب حسن والمعنى هو قوله لاستجماع شرائط الجواز ولما لم يكف ثبوت الشرائط في الشرعية افاد علتها بقوله والحاجة ماسة الى هذا النوع من التصرف لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى ان يعتمد على فعل المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولا يخفى انه لا يحتاج الى دليل خاص بجوازهما بعد الدليل المثبت بجواز البيع مطلقا بما تراضيا عليه بعد ان لا يخل بما علم شرطا للصحة

ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والطراز والصبغ والفتل وأجرة حمل الطعام لأن العرف جار بإلحاق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار ولأن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به هذا هو الأصل وما عددناه بهذه الصفة لأن الصبغ وأخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة إذ القيمة تختلف باختلاف المكان ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف أجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لأنه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف أجرة التعليم لأن ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته

بل دليل شرعية البيع مطلقا بشروطه المعلومة هو دليل جوازهما إذ لا زيادة فيهما إلا أنهما بإخبار خاص إذ حاصله أنه يبيعه بثمن كذا مخبرا بأن ذلك الثمن الذي اشتريت به أو مع زيادة لا أرضى بدونها ومن معرفة شروط صحة البيع يعلم المذكور بقوله ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض يعني الثمن مما له مثل كالنقد والحنطة والشعير وما يكال ويوزن والعددي المتقارب بخلاف غير المتقاربة كالبطيخ والرمان ونحوهما لأنه لو لم يكن له مثل بأن اشترى ثوبا بعبد مقايضة مثلا فرابحه أو ولاه إياه كان بيعا بقيمة عبد صفته كذا أو بقيمة عبد ابتداء وهي مجهولة وذلك معلوم أنه لا يجوز أما لو كان ما اشتراه به وصل إلى من يبيعه منه مرابحة عليه بربح معين كأن يقول أبيعك مرابحة على الثوب الذي بيدك وربح درهم أو كر شعير أو ربح هذا الثوب جاز لأنه يقدر على الوفاء بما التزمه بالثمن بخلاف ما لو باعه والحالة هذه بربح ده يازده فإنه لا يجوز لأنه باعه برأس المال وببعض قيمته فإن معنى ده يازده كل عشرة أحد عشر وهذا فرع معرفة عدد العشرات وهو بتقويم العبد وهذا بناء على أن لفظ ده يازده ومعناه العشرة أحد عشر أي كل عشرة ربحها واحد يقتضي أن يكون الحادي عشر من جنس العشرة ولا شك أنه غير لازم من مفهوم ذلك ولكن التزم ذلك رفعا للجهالة ولا يثبت وح فالمرابحة على العبد بده يازده يقتضي أنه باعه بالعبد وبقيمة جزء من أحد عشر جزءا منه وهو بيع بالعبد وببعض قيمته وهو كل عشرة أجزاء من العبد ربحها جزء آخر منه وحين عرف أن المراد كل عشرة دراهم أحد عشر لزم ما ذكروه وهو أنه باعه بالعبد وببعض قيمته ومن فروع ذلك ما انتهى عبد العشرة خلاف نقد البلد وباعه بربح درهم فالعشرة مثل ما نقد والربح من نقد البلد إذا أطلقه لأن الثمن الأول تعين في العقد الثاني والربح مطلق فينصرف إلى نقد البلد فإن نسب الربح إلى رأس المال فقال بعتك بربح العشرة أحد عشر أو بربح ده يازده فالربح من جنس الثمن لأنه عرفه بنسبته إليه وفي المحيط اشترى بنقد نيسابور وقال ببلخ قام علي بكذا أو باعه بربح مائة أو بربح ده يازده فالربح ورأس المال على نقد بلخ إلا أن يصدقه المشتري أنه نقد نيسابور أو تقوم بينة وإذا كان نقد نيسابور دون نقد بلخ في الوزن والجودة ولم يبين فرأس المال والربح على نقد نيسابور وإن كان على عكسه واشتراه ببلخ بنقد نيسابور لم يعلم أنه أوزن أو أجود فهو بالخيار إن شاء أخذ وإن شاء ترك أعلم أن المعتبر في المرابحة ما وقع العقد الأول عليه دون ما دفع عوضا عنه حتى لو اشترى بعشرة فدفع عنها دينارا أو ثوبا قيمته عشرة أو أقل أو أكثر فإن رأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لأن وجوب هذا بعقد آخر وهو الاستبدال قوله ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والصباغ أمور كان الصبغ أو غيره والطراز والفتل وأجرة حمل الطعام برا أو بحرا لأن العرف جار بإلحاق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار والأصل أن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به أي برأس المال وما عددناه بهذه الصفة لأن الصبغ وأخواته من الطراز والفتل يزيد في العين والحمل من مكان إلى مكان يزيد في القيمة لاختلاف القيمة باختلاف الأماكن قال في الإيضاح هذا المعنى ظاهر ولكن لا يتمشى في بعض المواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها فإذا ضم ما ذكر يقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب وسوق الغنم والبقر كالحمل يضمه بخلاف أجرة الراعي والبيت للحفظ لأنه لا يزيد في العين ولا القيمة فلا يضم وكذا سائق الرقيق وحافظهم وحافظ الطعام والمتاع بخلاف سائق الغنم وكذا أجرة تعليم العبد صناعة أو قرآنا أو علما أو شعرا لأن ثبوت الزيادة لمعنى فيه أي في المتعلم وهو حذاقته فلم يكن ما أنفقه على المعلم موجبا للزيادة في المالية ولا يخفى ما فيه إذ لا شك في حصول الزيادة بالتعليم ولا شك أنه بسبب عن التعليم عادة وكونه بمساعدة القابلية في المتعلم هو كقابلية الثوب للصبغ فلا تمنع نسبته إلى التعليم كما لا تمنع نسبته إلى الصبغ فإنما هو شرط والتعليم علة عادية والقابلية شرط فكيف العدم وفي المبسوط أضاف نفي ضم المنفق في التعليم إلى أنه ليس فيه عرف قال وكذا في تعليم الغناء والعربية قال حتى لو كان في ذلك عرف ظاهر يلحقه

فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند ابي حنيفة رحمه الله ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف يحط فيهما وقال محمد يخير فيهما لمحمد ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته ولابي يوسف ان الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك بالحط غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من راس المال وفي المرابحة منه ومن الربح ولابي حنيفة انه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول بالتخيير فلو هلك قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه مطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام علي بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين لهما ان العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث ولابي حنيفة ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتأكد به بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كانه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التأكد حصل بغيره

براس المال وكذا لا تلحق اجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق لانه نادر لا يلحق بالسابق لانه لا عرف في النادر والحجامة والختان لعدم العرف ويضم اجرة السمسار في ظاهر الرواية وفي جامع البرامكة لا يضم لان الاجارة على الشراء لا تصح الا ببيان المدة ووجه ظاهر الرواية العرف فيه وقيل ان كانت مشروطة في العقد تضم وقيل اجرة الدلال لا تضم كل هذا ما لم تجر عادة التجار والا يضم ثمن الجلال ونحوها في الدواب وتضم الثياب في الرقيق وطعامهم الا ما كان سرفا وزيادة ويضم علف الدواب الا ان يعود عليه شيء متولد منها كالبانها وصوفها وسمنها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد بخلاف ما اذا اجر الدابة او العبد او الدار فاخذ اجرته فانه يرابح مع ضم ما انفق عليه لان الغلة ليست متولدة من العين وكذا دجاجة اصاب من بيضها يحتسب بما ناله وبما انفق ويضم الباقي ويضم اجرة التجصيص والتطيين وحفر البير في الدار والقناة في الارض ما بقيت هذه فان زالت لا تضم وكذا سقي الزرع والكرم وكسحه ولو قصر الثوب بنفسه او طين او عمل هذه الاعمال لا يضم شيئا منها وكذا لو تطوع متطوع بهذه الاعمال او باعارة قوله فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة اما باقرار البائع او بالبينة او بنكوله عن اليمين فقد ادعاه المشتري هذا على المختار وقيل لا يثبت الا باقراره لانه في دعوى الخيانة متناقض فلا تصح بينته والاول هو الحق سماعها كدعوى العيب ودعوى الحط فانها تسمع فهو بالخيار عند ابي حنيفة ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع عليها في التولية يحط قدرها وقال ابو يوسف يحط فيهما اي في المرابحة والتولية وهو قول الشافعي وقال محمد يخير فيهما وهو قول الشافعي لمحمد ان الاعتبار فيهما ليس الا للتسمية لان الثمن به يصير معلوما وبه ينعقد البيع والاخبار بانه الثمن الاول منها لا يتعلق الانعقاد به انما هو ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف الكتابة والخياطة فبفواته بظهور ان الثمن ليس ذلك يتخير ولابي يوسف ان الاصل فيه اي في عقد المرابحة والتولية كونه تولية ومرابحة وذلك بالبناء على الثمن الاول فيتعلق به العقد باعتبار انه تولية ومرابحة عليه وذلك بالحط غير انه يحط في التولية مقدار الخيانة من راس المال وفي المرابحة يحط عنه ومن الربح على نسبته حتى لو رابح في ثوب على عشرة بخمسة فظهر ان الثوب بثمانية يحط ثلاثة دراهم من الثمن درهمين من راس المال هو الربح خمسة وهو درهم ولابي حنيفة في الفرق بينهما كما قال ابو يوسف في التولية وسواه لو لم يحط فيها لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول والعقد انما تعلق باعتبارها فيتغير التصرف الى بيع آخذ بثمن آخر ولم يوجد ذلك البيع الآخر واما في المرابحة لو لم يحط لا يخرج عن كونها مرابحة لتغير التصرف وان كان يتفاوت الربح فانه يظهر ان الربح اكثر مما ظنه المشتري فامكن القول باعتبار العقد ولكن يتخير لما ذكر محمد من فوات الوصف المرغوب فيه فلو هلك المبيع قبل ان يرده او استهلكه او حدث فيه ما يمنع الفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط وفيهما يلزمه تمام الثمن قبل الفسخ فكذا هنا وهو المشهور من قول محمد بخلاف خيار العيب لان المستحق فيه جزء فائت يطالب به فيسقط ما يقابله اذا عجز عن تسليمه واما على قول ابي يوسف فلو هلك المبيع او انتقص يحط وقوله في الروايات الظاهرة احترازا عما عن محمد من غير رواية الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت اقل من الثمن حتى يندفع الضرر عن المشتري بناء على اصله في مسئلة التحالف بعد هلاك السلعة انه يفسخ بعد التحالف دفعا للضرر عن المشتري يرد القيمة ويسترد الثمن قوله ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه من الذي باعه منه بمثل ما باعه فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان الربح استغرق الثمن لم يبعه مرابحة الا ان يبين هذا عند ابي حنيفة وهو مذهب احمد وقال ابو يوسف ومحمد يبيعه مرابحة على الثمن الاخير وهو قول الشافعي ومالك صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة ممن باعه منه اعني المقابض فانه يطرح من هذه العشرة التي اشتراه بها الخمسة التي ربحها فيبيعه مرابحة على خمسة ويقول قام علي بخمسة ولو اشتراه بعشرة فباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه ممن باعه منه بعشرة لا يبيعه مرابحة اصلا الا ان يبين فيقول هذا كنت بعته فربحت فيه عشرة ثم اشتريته بعشرة

قال وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك إن كان المولى اشتراه فباعه من العبد لأن في هذا العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للأول فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الأول وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الأول **قال** وإذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لأن هذا البيع وإن قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر مع أنه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم ألا ترى أنه وكيل عنه في البيع الأول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح

وإنا أبيعه بربح كذا على هذه العشرة وعندهما يبيعه مرابحة على الثمن الأخير وهو عشرة في الفصلين من غير بيان لهما أن العقد الثاني وإن كان ثمن إدبه فهو عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول ولذا لو كان في الأول خيار لا يكون في الثاني وعلى العكس فلا يدخل فيه ما قبله مرابحة أو وضيعة ولذا لو كان أصله هبة أو ميراثا فباعه ثم اشتراه كان له أن يبيعه مرابحة على الثمن الأخير ولا يعتبر ما كان قبله وإلا لم تجز المرابحة أصلا وهذا لأن بالشراء الثاني يتجدد له ملك غير الأول لأن اختلاف الأسباب كاختلاف العين على ما عرف وصار كما لو تخلل ثالث بأن اشترى بعشرة ثم باعه بخمسة عشر من رجل ثم اشتراه من المشتري منه بعشرين ولأبي حنيفة أن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لأنه يتأكد به أي بالعقد الثاني بعدما كان على شرف السقوط من ذلك الربح بأن يظهر المشتري على عيب فيرده فيزول الربح عنه فإذا اشتراه منه تأكد أي تقرر ملكه لذلك الربح وللتأكيد في بعض المواضع حكم الإيجاب كما في شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا يضمنون نصف المهر للتأكيد بعد ما كان على شرف السقوط بتقبيل ابن الزوج أو بالارتداد وعلى اعتبار التأكيد يصير البائع في مسئلتنا مشتريا بالعقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة دراهم فيكون الخمسة بإزاء الخمسة ويبقى الثوب بخمسة وهذا الاعتبار واجب لأن الشبهة في المرابحة كالحقيقة ولذا أخذنا بالصلح للشبهة الحطيطة لأن الغالب في الصلح ذلك فيجب أن يبيعه مرابحة على خمسة فإن قيل لو كان كذلك ينبغي أن لا يجوز الشراء بعشرة فيما لو باع بعشرين على أنه هذا التفسير يصير في الشراء الثاني كأنه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربا وهي حصول الثوب بلا عوض أجيب بأن التأكيد إنما جعل له شبهة الإيجاب احترازا عن الخيانة وذلك تحقق بالنسبة إلى العباد لا بالنسبة إلى الشرع وشرعية المرابحة لمعنى راجع إلى العباد لا الشرع وكذا إذا رضي المشتري به وقد علم يجوز ولو كان بحق الشرع لم يجز بتراضيهما كما في بيع الربا لو رضيا به وأورد على هذا الموهوب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة بعشرة وأجيب بأنه ممنوع في رواية وبتقدير التسليم فالبيع الثاني وإن كان يتأكد به انقطاع حق الواهب في الرجوع لكنه ليس بمال ولا يثبت هذه الوكالة إلا في عقد يجري فيه الربا وأيضا ليس فيه معنى زيادة في الثمن وبخلاف ما إذا باعه ثم حال مرابحة بعدما اشتراه بذلك الثمن مؤجلا أي معنى يزداد في الثمن وبخلاف ما إذا باعه بوصيف أو دابة أو عرض آخر ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة على عشرة لأنه عاد إليه بما ليس من جنس الثمن الأول ولا يمكن طرحه إلا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك في بيع المرابحة وكذا قلنا لو اشترى أشياء صفقة واحدة بثمن واحد ليس له أن يبيع بعضها مرابحة على حصتها من الثمن لأن ذلك لا يكون إلا باعتبار القيمة وتعيينها لا يخلو عن شبهة الغلط خلافا للشافعي في ذلك وبخلاف ما لو تخلل ثالث لأن التأكد للربح بالبيع من الثالث ووقوع الأمن من البطلان به فلا يستفد المشتري الأول بالشراء الثاني تأكيد الربح وهنا بخلافه **قوله** وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشرة فإنه أي المولى يبيعه مرابحة على عشرة وكذا إذا كان المولى اشتراه بعشرة فباعه من العبد بخمسة عشر يجب أن يبيعه العبد المرابحة على عشرة لأن هذا العقد أعني الذي جرى بين العبد والمولى وإن كان صحيحا إلا أن فائدته ما لم يكن من كسب العبد في كسب وتسليم المولى من كسبه ما لم يكن سالما فله شبهة العدم لأن الحاصل للعبد لا يخلو عن حق المولى ولهذا كان للمولى أن يستبقي إلى يده لنفسه ويقضي دينه من غيره وكذا في كسب المكاتب وليس ذلك الحق حقيقة لعجزه وفي الرق فصار كأنه باع ملكه لنفسه من نفسه واشترى ملكه لنفسه ولكن للفائدة التي ذكرنا صححناه فظهر أنه جائز مع المنافي وهو كونه عبده المستلزم لكون المال له لولا الدين فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للعقد الأول وهو الكائن بعشرة فيصير كأن العبد اشتراه بعشرة لأجل المولى في الفصل الأول وهو ما إذا اشتراه العبد وباعه من المولى وكأنه يبيعه لأجل المولى في الفصل الثاني فهو ما إذا باعه المولى من عبده فكان المعتبر الثمن الأول وهذه المسئلة بالاتفاق وكذا الجواب إذا كان مكان

قال ومن اشترى جارية فاعورت او وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين لانه لم يحتبس عنده شئ يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شئ من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسئلة فيما اذا لم ينقصها الوطي

الماذون ومكاتب السيد بالاتفاق وقوله فاعتبر عدما في حكم المرابحة يفيد انه انما اعتبر عدما للمرابحة لا لكونه معدوما من وجه وسببه ان المرابحة بيع امانة تنفي عنه كل تهمة وخيانة والمسامحة جارية بين السيد وعبده ومكاتبه فيتهم بانه اشتراه منه بزيادة او باعه منه كذلك ولهذا قال ابو حنيفة رحمه الله اشترى شيئا من ابيه او امه او ولده او ولد ولده او زوجته او اشترى احد الزوجين من الآخر لا يبيع واحد منهما مرابحة الا على الثمن الذي قام على البائع الا انهما خالفاه في هذه فقالا يبيعه مرابحة على ما اشتراه من هولاء لتباين الاملاك والحقوق فكانا كالاخوين وابو حنيفة يقول ما يحصل لكل من هولاء كانه للآخر ولهذا لا تقبل شهادة احدهم للآخر وتجري المسامحة بينهم فكان الاحتياط فيما ذكرنا ثم القيد المذكور وهو كونه مديونا بما يحيط برقبته مصرح به في الجامع من رواية محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله والمشايخ في تقرير هذه المسئلة منهم من ذكره كقاضي خان ومنهم من لم يقيد بالمحيط كالصدر الشهيد فقال عبد ماذون عليه دين محيط برقبته او غير محيط ومنهم من لم يذكر الدين اصلا كشمس الائمة في المبسوط فقال اذا اشترى من ابيه او امه او مكاتبه او عبده ولا شك ان ذكره عدمه في حق الحكم المذكور سواء بل اذا كان لا يرابح الا على الثمن الاول فيما اذا كان عليه دين محيط مع انه اجنبي من كسبه فلان لا يرابح الا عليه فيما اذا لم يكن عليه دين اولى لانه ح لا ينعقد العقد الثاني اصلا انما يبيع ماله من نفسه او يشتريه وانما فائدته لثبوت صحة العقد الثاني وعدمه والحكم المذكور على التقديرين لا يختلف ولو اشترى من شريكه سلعة ان كانت ليست من شركتهما يرابح على ما اشتراه ولا يبين وان كانت من شركتهما فانه يبيع نصيب شريكه على ضمانه في الشراء الثاني ونصيب نفسه على ضمانه في الشراء الاول نحو ان يكون السلعة اشتريت بالف من شركتهما فاشتراها احدهما من صاحبه بالف ومائتين فانه يبيعها مرابحة على الف ومائة لان نصيب شريكه من الثمن ستمائة ونصيب نفسه من الثمن الاول خمسمائة فيبيعها على ذلك ومنه مسئلة الكتاب التي ذكرها بقوله واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه باثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر فانه مع انه اشترى ماله بماله وهو وجه المنع لزفر لكنا اجزناه لما فيه من فائدة استفادة ولاية التصرف وهو المقصود بعد ما كانت منتفية لانقطاع ولاية التصرف عنه بالتسليم الى المضارب والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم الا ترى انه اي المضارب وكيل عنه اي عن رب المال في البيع الاول من وجه وذلك يمنع صحة بيعه منه كما لا يصح بيع الوكيل من موكله ما وكله بشرائه لانه ماله وتصرفه فيه جائز ومن وجه آخر هو مال المضارب حتى اذا اشترى لا يحجر رب المال عليه في البيع ولو اشترى المضارب جارية لا يجوز لرب المال وطؤها وان لم يكن في المال ربح فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح الذي هو حصة رب المال كمثل ما ذكرنا في التي قبلها فيبيعه على اقل الثمنين لاحتياط وعلى حصة المضارب من الربح لان المضارب في ذلك المقدار بمنزلة الاجنبي فلا يتهم فيه فلو اشتريا سلعة فاقتسماها فارا واحدهما ان يبيع نصيبه مرابحة على الثمن ان كانت القسمة استيفاء محضا كالكيلي والوزني والعددي المتقارب جاز بيعه مرابحة وان كان مبادلة كالاشياء المتفاوتة لم يجز بيعه مرابحة الا بناء على التقويم وهو ممتنع في المرابحة كما ذكرنا **قوله** فمن اشترى جارية فاعورت اي من غير صنع احد بل بآفة سماوية او بصنعها بنفسها يبيعها مرابحة ولا يبين انه اشتراها بذلك الثمن وليس بها هذا العور وكذا لو وطئها وهي ثيب ولم ينقصها الوطي وهذا لان الاوصاف لا يقابلها جزء من الثمن لانها تابعة ما لم تكن مقصودة بالاتلاف ولهذا لو فاتت قبل التسليم الى المشتري بعد العقد لا يسقط شئ من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها جزء من الثمن وعن ابي يوسف في الفصل الاول وهو ما اذا اعورت الجارية انه لا يبيع مرابحة من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي وزفر والاحتباس بفعلها محل الاتفاق كما ذكره بقوله واما اذا فقأ عينها بنفسه او فقأها اجنبي بامر المشتري او بغير امره فاخذ ارشها لم يبيعها مرابحة حتى يبين والتقييد بفقأ المشتري والاجنبي

منهم
ناقص
المتفاوتة

وعن ابي يوسف رحمه الله في الفصل الاول انه لا يبيعه من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رحمه الله واما اذا
فقأ عينها بنفسه او فقأها اجنبي فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء
من الثمن وكذا اذا وطئها وهي ثيب لان العقر جزء من العين يقابله الثمن وقد حبسها ولو اشترى
ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين لما بينا

احترز به عن الوقت حيث باعتبارهما فانه كان بالآفة السماوية لانه بعد ذلك يكون المشتري حابسا شيئا واخذ الارش ليس بحبس بل انه جوزها الاجنبي الا ان
بلا ان يتحقق وجوب الضمان والفرق لنا انه صار مقصودا بالاتلاف فخرج عن التبعية بالقصدية فوجب اعتباره فيقابل ببعض الثمن وكذا اذا وطئها وهي ثيب
لان العقر جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ومن هنا لو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار او طعا فتنسد يبيعه مرابحة
من غير بيان وقرض الفار وذكره ابو اليسر بالفاء ولو تكسر الثوب بنشره وطيه لم يبعه حتى البيان لانه بفعله قال الفقيه ابو الليث وقول زفر احب
وبه نأخذ واختياره هذا حسن لان مبنى المرابحة على عدم الخيانة وعدم ذكره انها انتقصت ايهام للمشتري ان الثمن المذكور كان لها ناقصة والظاهر
انه لو علم ان ذلك ثمنها صحيحة لم يأخذها معيبة الا بحطيطة وقد ذكر اول الباب ان سبب شرعية المرابحة اعتماد الغبي ان الثمن قيمتها حيث اشترى
من له خبرة به فيطيب قلبه بشرائها به مع زيادة ربح لظنه انه قيمتها وهذا يبين انه لا يرد مع شرائها بالا قيمتها كي لا يغبن وانه لو علم لم يرض فكان سكوته
تغريرا له وقريب من هذا ما روى هشام عن محمد ان ذلك اذا انتقصه العيب شيئا يسيرا فان انتقصه قدرا لا يتغابن فيه لا يبيعه مرابحة يعني بلا بيان
لكن قولهم هو كالوصف لتغير السعر بامر الله تعالى فانه لا يجب عليه ان يبين انه اشتراه في حال غلائه وكذا اذا اصفر الثوب لطول مكثه او توسخ الزام قوي
واستشكل على قوله انه تابع وصف لا يقابله شيء من الثمن ما اذا اشترى مؤجلا فان الاجل وصف ومع ذلك لا يجوز بيعه مرابحة بلا بيان اجيب بان الاجل
يعطى له حكم جزء من الثمن عادة فيكون كالجزء فيلزمه البيان على قوله تابع المبيع لا يقابله شيء من الثمن بانه اذا اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها
عيبا لم يتمكن من ردها وان كانت ثيبا وقت الشراء وذلك لاعتبار المشتري بالوطء حابسا جزءا من المبيع عنده واجيب بان عدم الرد في هذا ليس لما
ذكرت بل لانه لو ردها فاما مع العقر احترازا عن الوطء مجانا او من غير عقر لا وجه الى الاول لعود الجارية مع زيادة والزيادة تمنع الفسخ لانه لا يرد على
الزيادة ولا الى الثاني لانها تعود الى قديم ملكه ويسلم للمشتري الوطء بلا عوض باعتبار البيع وذلك لا يجوز بخلاف الواهب اذا رجع بعد وطء الموهوب له
حيث يصح ولا يلزم الموهوب له شيء لانه يسلم كلها للموهوب بلا عوض فيجوز ان يسلم له الوطء بلا عوض ولا يجوز في صورة البيع ان تفسخ البيع ويسلم
للمشتري او للبائع زيادة متولدة من العين او شيء وجب باتلاف العين كالولد والارش والعقر وكذا الوطء فرع لو اصاب من غلة الدار والدابة
شيئا له ان يبيعها مرابحة بالاتفاق لان الغلة ليست متولدة وانما هو استيفاء منفعة واستيفاء المنفعة لا يمنع بيع المرابحة بخلاف لو اصاب من لبن الغنم وصوفها انه اذا
باع يسقط من راس المال قدر ما اصابه من ذلك ويقول قام علي بكذا وتقدم انه اذا انفق في طعام الرقيق والدواب انه يضم غير السرف ولو ولدت
الجارية او الغنم او اثمر النخيل بيع الاصل مع الزيادة مرابحة لانه لم يحبس شيئا من المعقود عليه ولان نقصان الولادة بغير فعل ثم الزيادة يجبره ولو اكل
المشتري الزيادة لم يبع الاصل مرابحة حتى يبين ما اصاب منها لانها متولدة من العين والمتولد كجزء المبيع وكذا اذا استهلك الالبان والسمن فانه
لا يبيع الا ببيان وفي المبسوط اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه بمائتين ثم باعاه مرابحة او تولية او وضيعة فالثمن بينهما اثلاثا ولو باعاه مساومة
يكون بينهما نصفين لان المسمى فيه بمقابلة الملك ولهذا استوى فيه المشتري والموهوب وملكهما في العبد سواء بخلاف تلك العقود فان الثمن
فيها مبني على الاول ولو حط البائع الاول من الثمن بعدما باعه المشتري مرابحة فانه يحط ذلك من المشتري الآخر مع حصته من الربح
ولو كان ولاه حط ذلك عندنا وعند زفر والشافعي لا يحط عن الثاني بهذا السبب شيء واصله ان الحط يلتحق باصل العقد عندنا و
عنده لا بل هو هبة مبتدأة لا تتم الا بالتسليم وكذا الزيادة عندنا حتى يصير كان العقد عقد بما بقي ويثبت ذلك في حق الشفيع والموكل وهذا

قال ومن اشترى غلاما بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري فإن شاء رده وإن شاء قبل لأن للأجل
شبها بالمبيع ألا يرى أنه يزاد في الثمن لأجل الأجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة
عليهما والإقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فإذا ظهرت يخير كما في العيب وإن استهلكه ثم علم لزمه بألف
ومائة لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن قال فإن كان ولاه إياه ولم يبين رده إن شاء لأن الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لأنه بناء
على الثمن الأول وإن كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة لما ذكرناه وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما إذا
استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الإنفاق وسيأتيك من بعد إن شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل
فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الأجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لأن المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه
لأن الثمن حال قال ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فإن أعلمه البائع يعني في
المجلس فهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه لأن الفساد لم يتقرر فإذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول
إلى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الإصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه إذا علم في المجلس وإنما يتخير لأن الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية

بخلاف ما لو حط الكل في المرابحة والتولية فإن له أن يرابح على كل الثمن ويوليه قوله ومن اشترى غلاما أو غيره بألف نسيئة فباعه بربح مائة ولم
يبين أنه اشتراه نسيئة بالألف فعلم المشتري بذلك فله الخيار إن شاء رده وإن شاء قبل بالألف والمائة حالة وإنما ثبت له الخيار لأن للأجل شبها
بالمبيع ألا يرى أنه يزاد في الثمن لأجله والشبهة ملحقة بالحقيقة فكان كأنه اشترى شيئين بالألف وباع أحدهما على وجه المرابحة وهذا خيانة فيما إذا كان
مبيعا حقيقة فإذا كان أحد الشيئين يشبه المبيع يكون هذا شبهة الخيانة وشبهة الخيانة ملحقة بالحقيقة في المرابحة فإذا ظهرت يخير على ما عرف من مذهب
أبي حنيفة ومحمد ولو فرع على قول أبي يوسف ينبغي أن يحط من الثمن ما يعرف أن مثله في هذا يزاد لأجل الأجل هذا إذا علم الخيانة قبل هلاك المبيع فلو علم
بعد هلاكه أو استهلاكه لزمه بألف ومائة حالة لأن الأجل لا يقابله شيء حقيقة والذي كان ثابتا له مجرد رأي فقد تعذر بعد هلاكه وكذا لو كان ولاه
إياه ولم يبين أنه اشتراه إلى أجل المشتري قبل الهلاك يعني ثبت له خيار الرد وقبوله بالألف الحالة ولو فرع على قول أبي يوسف ينبغي أن يفعل ما ذكرنا
وإن كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة لما ذكرنا من أن الأجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة وعن أبي يوسف أن بعد الهلاك يرد القيمة ويسترد كل الثمن
وهو نظير قوله فيما إذا استوفى صاحب الدين من المديون مكان الدين الجياد زيوفا وهو لا يعلم بها فهلكت الزيوف فإنه عند أبي يوسف يرد مثلها من
الزيوف ويسترد الجياد وسيأتيك إن شاء الله تعالى في مسائل منثورة وقيل يقوم بثمن حال وبمؤجل فيرجع بفضل ما بينهما على البائع قال الفقيه أبو جعفر
الهندواني ولو لم يكن الأجل مشروطا في العقد ولكنه معتاد التنجيم قيل لا بد من بيانه لأن المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لأن الثمن
لما كان حالا في العقد أما لو فرضنا أنه باعه بلا شرط أجل فلم ينقده إلى شهر مطلا فلا شك أنه يبيعه مرابحة بالألف قوله ومن ولى رجلا شيئا بما قام
عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فإن أعلمه البائع يعني في المجلس بما قام به عليه فهو بالخيار إن شاء أخذ المبيع و
إن شاء ترك لأن الفساد وإن كان في صلب العقد لكنه لم يتقرر وإنما يتقرر بمضي المجلس وهذا يبين أن هذا العقد ونحوه من البيع برقمه قبل
معرفة الرقم ينعقد فاسدا له عرضية الصحة وهو الصحيح بخلاف ما روي عن محمد أنه صحيح له عرضية الفساد ولما كان المجلس جامعا للمتفرقات يعتبر الواقع
في أطرافه كالواقع معا فكان تأخير البيان أي بيان قدر الثمن كتأخير القبول إلى آخر المجلس فإنه يجوز ويتصل بالإيجاب السابق أول المجلس كذا
هذا يكون سكوته عن تعيين الثمن في تحقق الفساد موقوفا إلخ فإن تبين فيه اتصل بالإيجاب الذي سكت فيه عنه وإن انقضى قبله تقرر الفساد
فلا ينقلب بعده صحيحا وإنما يتخير بعد العلم في المجلس لأن الرضا لم يتم قبله فلم يتم البيع كما في خيار الرؤية لم يتم الرضا قبل الرؤية فعند وجودها
يتخير فرع اشترى ثوبا ليس له أن يرابح على ذراع منه لأن الثمن لا يتقسم على ذرعانه ولو رابح على ما له نسبة معلومة منه كنصفه وثلثه وثمنه
جاز ولو اشترى نصف عبد بمائة ثم اشترى النصف الآخر بمائتين فله أن يبيع أي النصفين شاء مرابحة على ما اشتراه به وإن شاء باع كله مرابحة
على ثلثمائة ويقول قام علي بكذا ولو وهب له البائع الثمن كله فله أن يرابح على الثمن كله ولو وهب له أو حط عنه بعضه ليس له أن يرابح إلا على الباقي
ولو باعه بالثمن عرضا وأعطى به رهنا فهلك كان له أن يرابح على الثمن لأنه صار قابضا له بهذا الطريق ولو اشترى بعشرة جياد ونقده زيوفا فتجوز
بها البائع فله أن يرابح على عشرة جياد ولو وهب ما اشتراه بعشرة ثم رجع فيه له أن يبيعه مرابحة على العشرة وكذا إن باعه ثم رد عليه بعيب أو فساد بيع أو
خيار أو إقالة له أن يرابح على الثمن الذي كان اشتراه به ولو اشترى ثوبا فباعه ثم رجع إليه بميراث أو هبة لم يكن له أن يبيعه مرابحة لأنه ما عاد إلى الملك
المستفاد بالشراء الأول ولو وجد بالمبيع عيبا فرضي به له أن يبيعه مرابحة من الثمن الذي اشتراه به لأن الثابت له خيار فإسقاطه لا يمنع من البيع مرابحة

ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز والاجارة قيل على هذا الخلاف ولو سلم فالمعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر

بغير العقار ولابي حنيفة ما ذكرناه والاحاديث كثيرة في هذا المعنى ثم علل الحديث بان فيه غرر انفساخ العقد الاول على اعتبار هلاك المبيع قبل القبض فيتبين حينئذ انه باع ملك الغير بغير اذنه وذلك مفسد للعقد وفي الصحاح انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوي عنك علمه والدليل على اعتبار هذا المعنى انا رأينا التصرف في ابدال العقود التي لا تنفسخ بالهلاك جائز فلا يضرها غرر الانفساخ كالتصرف في المهر لها وبدل الخلع للزوج والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد قبل القبض جائز اذا كانت لا تنفسخ بالهلاك فظهر ان السبب ما قلنا هذا وقد الحقوا بالبيع غيره فلا تجوز اجارته اذا كانت الاجرة عينا ولا هبته ولا التصدق به خلافا لمحمد في الهبة والصدقة وكذا اقراضه ورهنه من غير بائعه فلا يجوز شيء من ذلك واذا اجاز محمد هذه التصرفات في المبيع قبل القبض ففي الاجرة اذا كانت عينا قبل قبضها اولى فصار الاصل ان كل عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض لم يجز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه كالمبيع في البيع والاجرة اذا كانت عينا في الاجارة وبدل الصلح عن الدين اذا كان عينا لا يجوز بيع شيء من ذلك ولا ان يشرك فيه غيره الى آخر ما ذكرنا وما لا ينفسخ بهلاك العوض فالتصرف فيه قبل القبض جائز كالمهر اذا كان عينا وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد كل ذلك اذا كان عينا يجوز بيعه وهبته واجارته قبل قبضه وسائر التصرفات في قول ابي يوسف ولو اوصى قبل القبض ثم مات قبل القبض صحت الوصية بالاجماع لان الوصية اخت الميراث ولو مات قبل القبض ورث عنه فكذا اذا اوصى به ثم قال محمد كل تصرف لا يتم الا بالقبض كالهبة والصدقة والرهن والقرض فهو جائز في المبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه فقبضه ووجهه ان تمام هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه وقاسه بهبة الدين لغير من عليه الدين فانها تجوز اذا سلطه على قبضه اذ لا مانع فانه يكون نائبا عنه ثم يصير قابضا لنفسه كما لو قال اطعم عن كفارتي جاز ويكون الفقير نائبا عنه في القبض ثم قابضا لنفسه بخلاف البيع وابو يوسف يقول البيع اسرع نفاذا من الهبة بدليل ان الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع ايضا وهذه التصرفات تبتني على الملك وغرر الانفساخ يمنع تمامه وكان قاصرا في حق اطلاق التصرف واما اعتق عن كفارتي فانه طلب التمليك لا تصرف مبني على الملك القائم فان قيل لو اعتبر الغرر امتنع بعد القبض ايضا لاحتمال ظهور الاستحقاق فالجواب انه اضعف لان ما يتحقق به بعد القبض يتحقق به قبله ويزيد باعتبار الهلاك ايضا ولان اكثره مطلقا قبل القبض ولان اعتباره بعده يسد باب البيع ولو باعه المشتري من بائعه قبل قبضه لا يجوز ولو وهبه يجوز على اعتباره مجازا عن الاقالة فان قيل هذا النهي باعتبار امر مجاور فينبغي ان لا يوجب الفساد كالبيع وقت النداء اجيب بان الغرر في البيع لا مجاور له فانه باعتبار انه مملوك او غير مملوك للمشتري على تقدير الهلاك واورد على التأثير ان بعد تسليم ان البيع ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض اي امتناع فيه فليكن كذلك وغاية الامر انه ظهر ان البيع الثاني لم يصح فيسترد وان مثله واقع في الشفعة والبيع بعد ظهور الاستحقاق قوله ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو قوله الآخر وقال محمد لا يجوز وهو قول ابي يوسف الاول وقول الشافعي اعتبارا بالمنقول رجوعا الى اطلاق الحديث يعني عمومه وهو ما في حديث حكيم من قوله صلى الله عليه وسلم لا تبيعن شيئا حتى تقبضه بخلاف ما قبله من حديث ابن عمر فانه خاص بالمنقول اعني قوله نهى عن بيع السلع حتى يحوزها التجار الى رحالهم وللنهي عن ربح ما لم يضمن ولو باع العقار ربح فيلزمه ربح ما لم يضمن وصار بيع العقار كاجارته واجارته قبل قبضه لا يجوز فكذا بيعه ولان السبب وهو البيع انما يتم بالقبض ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالحادث عند العقد والملك انما يتأكد بتأكد السبب وفي هذا العقار والمنقول سواء ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف ان ركن البيع صدر من اهله في محله والمانع المشير للنهي هو غرر الانفساخ بالهلاك

قال ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله او اتزنه ثم باعه مكايلة او موازنة لم يجز للمشتري منه ان يبيعه ولا ان ياكله حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر

منفسخ فان هلاك العقار نادر والنادر لا عبرة به ولا يبنى الفقه باعتباره فلا يمنع الجواز وهذا لانه لا يتصور هلاكه الا اذا صار بحرا ونحوه حتى قال بعض المشائخ ان جواب ابي حنيفة في موضع لا يخشى عليه ان يصير بحرا او يغلب عليه الرمال واما في موضع لا يؤمن عليه ذلك فلا يجوز كما في المنقول التمرتاشي و ذكره المحبوبي وفي الاختيار حتى لو كان على شط البحر او كان المبيع علوا لا يجوز بيعه قبل القبض والحديث الذي استدل به معلول به اي بغرر الانفساخ والدليل عليه ان التصرف الذي لا يمتنع بالغرر نافذ في المبيع قبل القبض وهو العتق والتزوج عليه وبه ظهر فساد قولهم ان تأكد الملك بتأكد السبب وذلك بالقبض لان العتق في استدعاء الملك التام فوق البيع ويجوز في المبيع قبل القبض العتق وانما قلنا التزوج لا يبطل بالغرر لانه لو هلك المهر المعين لزم الزوج قيمته ولم ينفسخ النكاح واورد انه تعليل في مقابلة النص فانه تخصيص عمومه فيؤدي الى تقديم القياس والمعنى على النص وهو ممنوع والجواب انه خص منه اشياء منها جواز التصرف في الثمن قبل قبضه وكذا المهر يجوز لها بيعه وهبته وكذا الزوج في بدل الخلع وكذا رب الدين في الدين اذا ملكه غيره وسلطه على قبضه جاز وكذا اخذ الشفيع قبل قبض المشتري ولا شك ان تملكه حكم شراء قبل القبض فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل التمليكات ببدل لم يثبت للشفيع حق الاخذ قبل القبض وهذا يخرج الى الاستدلال بدلالة الاجماع على جواز بيع العقار قبل القبض واما الالحاق بالاجارة ففي منع الاجارة قبل القبض منع فانه قيل انه على هذا الخلاف والصحيح كما قال في الفوائد الظهيرية ان الاجارة قبل القبض لا تجوز بلا خلاف لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها قبل القبض وفي الكافي وعليه الفتوى واذا عرف من الجواب ان التصرف في الثمن قبل القبض يجوز وفي المبيع لا يجوز كان تتميمه بان نذكر تمييز المبيع عن الثمن وان كان قد سلف فالدراهم والدنانير اثمان ابدا وذوات القيم مبيعة ابدا والمثليات من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة اذا قوبلت بالنقد مبيعة او بالاعيان وهي معينة ثمن وغير معينة فمبيعة كمن قال اشتريت كرا من الحنطة بهذا العبد فلا يصح الا بشرائط السلم وقيد المثليات اذا لم تكن معينة وقوبلت بغيرها ثمن مطلقا ولو ادخل عليها الباء اذا عرف هذا فالاثمان يجوز التصرف فيها قبل القبض استبدالا في غير الصرف والسلم واختلف في القرض والاصح جوازه والمبيعات تقدم حالها عند ذكرنا الالحاق ولو باع عبدا وسلمه ثم اقال فبيعه من المشتري قبل القبض يجوز ومن الاجنبي لا يجوز وللشافعي قولان والاصل ان البيع متى انفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه في حق كافة الناس فبيعه قبل القبض جائز من كل احد وما هو فسخ في حق العاقدين بيع في حق ثالث يجوز من المشتري لا الاجنبي قوله ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة اي اشتراه على كذا كيلا او رطلا فاكتاله او اتزنه لنفسه ثم باعه مكايلة في المكيل او موازنة في الموزون لم يجز للمشتري منه ان يبيعه حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري وروي من حديث جابر هكذا لكن بلفظ الصاعان معرفا اسنده عنه ابن ماجه واسحق بن ابي شيبة ثنا محمد بن عبد الرحمن بن ابي ليلى وبلفظه من حديث ابي هريرة يزاد فيه فيكون لصاحبه الزيادة وعليه النقصان رواه البزار ثنا محمد بن عبد الرحمن ثنا مسلم الجرمي ثنا مخلد بن حسين عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن ابي هريرة وقال لا نعلمه يروى عن ابي هريرة الا من هذا الوجه وله طريقان اخريان عن انس وابن عباس ضعيفان وقال عبد الرزاق انبأنا معمر عن يحيى بن ابي كثير ان عثمان بن عفان وحكيم بن حزام كانا يبتاعان التمر ويجعلانه في غرائر ثم يبيعانه بذلك الكيل فنهاهما رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبيعا حتى يكيلا لمن ابتاعه منهما فهذا الحديث حجة لكثرة تعدد طرقه وقبول الائمة اياه فانه قد قال بقولنا هذا مالك والشافعي واحمد وحين علله الفقهاء بجعله من تمام القبض اذ بالكيل يتميز حقه عن حق البائع اذ عسى ان يكون انقص او ازيد فيضيع ماله عند البائع او مال البائع عنده فالحقوا بمنع البيع منع الاكل قبل الكيل والوزن وكل تصرف يبنى على الملك كالهبة والوصية وما اشبههما والحقوا بالمكيل والموزون وينبغي الحاق المعدود

ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفي به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفي به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لانه ليس بمال الربوا وكالموزون فيما يروى عن ابي حنيفة رح لانه لا تحل له الزيادة على المشروط قال والتصرف في الثمن قبل القبض جائز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع

الذي لا يتفاوت كالجوز والبيض اذا اشترى معاودة وبه قال ابو حنيفة في اظهر الروايتين عنه فافسد البيع قبل العد ثانيا لاتحاد الجامع وهو وجوب تعرف المقدار وزوال احتمال اختلاط المالين فان الزيادة فيه للبائع خلافا لما روي عنهما من جواز البيع الثاني قبل العد ولما كان في المذروعات الزيادة عند الحنفية للمشتري لم يلحقوها فلو اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع جاز ان يبيعه قبل الذرع لانه لو زاد كان للمشتري ولو نقص كان له الخيار فاذا باعه بلا ذرع كان مسقطا خياره على تقدير النقص وله ذلك ولما كان النهي عن بيع الطعام اقتصر على ما اذا كان المكيل والموزون مبيعا فلو كان ثمنا بان اشترى بهذا البر على انه كر فقبضه جاز تصرفه فيه قبل الكيل والوزن لانه التصرف في الثمن قبل قبضه جائز فاولى ان يجوز التصرف فيه قبل ما هو من تمام قبضه ثم لا يخفى ان ظاهر النص منع بيع الطعام الا مكايلة ويقتضي منع بيعه مجازفة ولا نعلم خلافا في ان ظاهره متروك وانه محمول على ما اذا وقع البيع مكايلة اما اذا اشتراه مجازفة في بيع صبرة فله ان يتصرف فيه قبل الكيل والوزن لان كل المشار اليه له فلا يتصور اختلاط الملكين وقول المصنف فيه لان الزيادة له قيل معناه الزيادة على ما كان يظنه فان ابتاع صبرة على ظن انها عشرة فظهرت خمسة عشر وتكلف غيره وكذا ما يفيد ظاهره من التزام جريان الصاعين محمول على ما اذا اشترى البائع مكايلة وباعه كذلك اما اذا اشتراه مجازفة فانما يحتاج اذا باعه مكايلة الى كيل واحد للمشتري وقول الراوي حتى يجري فيه صاعان صاع البائع معناه لنفسه فهو محمول على ما اذا كان البائع اشتراه مكايلة اما لو كان ملكه بالارث او الزراعة او اشتراه مجازفة او استقرض حنطة على انها كر باعها فالحاجة الى صاع واحد وهو صاع هذا المشتري وان كان الاستقراض تمليكا بعوض كالشراء لكنه شراء صورة عارية حكما لان ما يرده عين المقبوض حكما ولهذا لم يجب قبض بدله في مال الصرف فكان تمليكا بلا عوض حكما ولو اشتراها مكايلة ثم باعها مجازفة قبل الكيل وبعد القبض في ظاهر الرواية لا يجوز لاحتمال اختلاط ملك البائع بملك بائعه وفي نوادر ابن سماعة يجوز واذا عرف ان سبب النهي امر يرجع الى المبيع كان البيع فاسدا ونص على الفساد في الجامع الصغير ونص على انه لو اكله قد قبضه بلا كيل لا يقال انه اكل حراما لانه اكل ملك نفسه الا انه اثم لتركه ما امر به من الكيل وكان هذا الكلام اصلا في سائر المبيعات بيعا فاسدا اذا قبضها فملكها ثم اكلها وتقدم انه لا يحل اكل ما اشتراه شراء فاسدا وبهذا يتبين ليس كل ما لا يحل اكله اذا اكله ان يقال فيه اكل حراما **قوله** ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع من المشتري الثاني وان كان كاله لنفسه بحضرة المشتري حين شرائه هو لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط بالنص ولا بكيله بعد البيع الثاني بغيبة المشتري وغيبته وكيله في القبض لان التسليم الى الغائب لا يتحقق وهذا الكيل المامور به لتسليم المقدار الواجب وان كاله او وزنه بعد القبض بحضرة المشتري مرة ففيه اختلاف المشائخ قال عامتهم يكفيه ذلك حتى يحل للمشتري التصرف فيه قبل كيله ووزنه اذا قبضه وعند البعض لا بد من الكيل والوزن مرتين احتجاجا بظاهر الحديث والصحيح قول العامة لان الغرض من الكيل والوزن صيرورة المبيع معلوما وقد حصل بذلك الكيل واتصل به القبض ومحمل ظاهر الحديث اذا وجد عقدان بشرط الكيل بان يشتري المسلم اليه من رجل كرا لاجل رب السلم وامر رب السلم بقبضه اقتضاء عن سلمه فان في ذلك يشترط صاعان صاع للمسلم اليه وصاع لرب السلم فيكيله للمسلم اليه ثم يكيله لنفسه بخلاف كيله بغيبته لانتفاء التسليم من الغائب فيثبت احتمال الاختلاط فلا يجوز ويصرح بنفيه ما في الجامع في بيع قفيز من صبرة اذا كال البائع قفيزا منها بغير حضرة المشتري فهلك ان البيع قائم في قفيز مما بقي ولا يقيم به الاحراز ومن ههنا متفرع وهو ما لو كيل طعام بحضرة رجل ثم اشتراه الرجل في المجلس ثم باعه مكايلة قبل ان يكتاله بعد شرائه لا يجوز هذا البيع سواء اكتاله المشتري منه او لا لانه لما لم يكتل بعد شرائه هو لم يكن قابضا فبيعه بيع ما لم يقبض فلا يجوز **قوله** والتصرف في الثمن قبل القبض جائز بالبيع والهبة والاجارة والوصية سواء كان مما يتعين او لا يتعين عندنا سوى بدل الصرف والسلم لان الملك مطلق وكان القياس ذلك ايضا في المبيع الا انه منع بالنص لغرر الانفساخ

قال ويجوز للمشتري ان يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع ان يزيد للمشتري في المبيع ويجوز ان يحط عن الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق باصل العقد وكذلك الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدأ ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه رابحا او خاسرا او عدلا ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير وصار كما اذا اسقطا الخيار او شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق باصل العقد لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحط وانما كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد استنادا

وليس في الثمن ذلك لانه اذا هلك الثمن المعين لا ينفسخ البيع فتلزمه قيمته وسائر الديون كالثمن لعدم الغرر بعد الانفساخ بالهلاك كالمهر والاجرة وضمان المتلفات وغيرها واستثنار المسلم لان للمقبوض حكم عين المبيع والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز وكذا في الصرف ويؤيده السمع وهو ما في السنن الاربعة عن سماك عن سعيد بن جبير عن ابن عمر قال كنت ابيع الابل بالبقيع فابيع بالدنانير فآخذ الدراهم وابيع بالدراهم وآخذ الدنانير فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم وهو يريد ان يدخل حجرته فاخذت ثوبه فسألته فقال اذا اخذت واحدا منهما بالآخر فلا يفارقك وبينك وبينه بيع فان هذا بيع الثمن الذي في الذمة قبل قبضه ولا ينتقد المخالف له وقد صححه الحاكم والدارقطني وقول الترمذي لا نعرفه مرفوعا الا من حديث سماك لا يضره وان كان شعبة قال حدثني قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر لم يرفعه وحدثني داود بن ابي هند عن سعيد بن جبير عن ابن عمر لم يرفعه وحدثني فلان اراه ايوب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر لم يرفعه ورفعه سماك وانا اهابه لان المختار في تعارض الرفع والوقف تقديم الرفع لانه زيادة والزيادة من الثقة مقبولة ولان الظاهر من حال ابن عمر وشدة اتباعه للآثار انه لم يكن يقبض احد النقدين عن الآخر مستمرا من غير ان يكون عرفه عن النبي صلى الله عليه وسلم وامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لا يفارقه وبينهما بيع معناه دين من ذلك البيع لانه صرف فمنع النسيئة فيه واما الميراث فالتصرف فيه جائز قبل القبض لان الوارث يخلف المورث في الملك وكان للميت ذلك التصرف فكذا الوارث وكذا الموصى له لان الوصية اخت الميراث **قوله** ويجوز للمشتري ان يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع ان يزيد للمشتري في المبيع ويجوز ان يحط عن الثمن وسنذكر شرط كل منها ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك من المزيد عليه والزيادة حتى كان للبائع حبس المبيع الى ان يستوفي الزيادة اذا كان الثمن حالا وليس للمشتري ان يمنع الزيادة ولا مطالبة البائع بتسليم المبيع قبل اعطائها ولو سلمها ثم استحق المبيع رجع بها مع اصل الثمن وفي صورة الحط للمشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع اذا سلم الباقي بعد الحط وعند زفر والشافعي رحمه الله لا يصحان اي الزيادة والحط على اعتبار الالتحاق باصل العقد بل الزيادة بر مبتدأ من البائع والمشتري والحط ابراء من بعض الثمن حتى رده يرتد وجه قولهما ان المبيع دخل في ملك المشتري بالقدر الاول فلو التحق بالعقد صار ملكه وهو ما زاده بدلا عن ملكه وهو المبيع وكذا الثمن دخل في ملك البائع فلو جاز الزيادة في المبيع كان المزيد عوضا عن ملكه اعني الثمن قلنا انما يلزم ما ذكرتم لو التحقا بالعقد مع عدم تغييره لكنا انما قلنا انهما بالزيادة والحط غير العقد عن جهة الاول وهو كونه بذلك المقدار الى كونه بهذا المقدار وايضا الشرع اثبت لهما ولاية تحويل العقد من صفة الى صفة ومن وجوده بعد تحققه في الوجود الى اعدامه بلا سبب سوى اختيارهما اما الاول فتحويله من عدم اللزوم الى اللزوم باسقاط الخيار وعكسه بالحاق الخيار وكذا من كونه حالا الى مؤجل بالحاق الاجل كما سنذكر في تأجيل الثمن الحال عندنا واما الثاني فبالاقالة وهي تعيده الى قديم الملك فاولى ان يثبت لهما تغييره من وصف كونه رابحا الى خاسر او خاسرا الى رابح او الى كونه عدلا وثبت صحة الحط شرعا في المهر بقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة فتبين انهما اذا تراضيا بعد تقرر المهر على حط بعضه او زيادته جاز واذا ثبت تصحيح ذلك لزم الالتحاق باصل العقد ضرورة اذ تغيره يوجب كونه عقدا بهذا القدر فبالضرورة يلتحق ذلك به اذ وصف الشيء يقوم به بخلاف ما لو حط الكل لانه تبديل لاصله اذ يصير البدل الآخر هبة فيخرج عن كونه عقد معاوضة الى عقد التبرع فلا يلتحق به واذا ثبت الالتحاق انتفى قولهم الزيادة عوض عن ملكه الى آخر ما ذكرنا ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة فتجوز المرابحة على الكل من الاصل والزائد ويجب ان يرابح على المبيع الاول وما زاده البائع مبيعا لا الاول فقط وكذا التولية ويباشر العقد في المرابحة والتولية على الباقي بعد الحط وكذا في الشفعة حتى يأخذها الشفيع بالباقي فقط وان قيل لو التحقا لزم ان يأخذها الشفيع في صورة الزيادة بالمجموع من الاصل والزائد وهو منتف بل لا يأخذها الا بدون الزيادة او يقال فلم فرقتم بين الحط والزيادة بالنسبة الى الشفيع اجاب بقوله وانما كان للشفيع ان يأخذها في صورة الزيادة بدون الزيادة لما في الزيادة

قال ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلاً معلوماً صار مؤجلاً لان الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيراً على من عليه الا ترى انه يملك ابراءه مطلقاً فكذا مؤقتاً ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز لانه بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل **قال** وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلاً لما ذكرنا الا القرض فان تاجيله لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظة الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله الف درهم فلاناً الى سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقاً للموصي

من ابطال حقه الثابت قبلها فان بمجرد العقد الاول تعلق حقه باخذها بما وقع عليه التراضي الاول وعقد به والزيادة بعد ذلك في الثمن تصرف حادث منهما يبطل حقه ولا ينفذ تصرفهما ذلك عليه ثم شرع بذكر شرط الزيادة والحط فقال ثم الزيادة الخ يعني ان شرطها قيام المبيع في ظاهر الرواية فلو هلك حقيقة بان مات العبد او الدابة او حكماً بان اعتقه او دبره او كاتبه او استولدها او باع او وهب وسلم او اجر او رهن ثم باعه من المستاجر والمرتهن او طبخ اللحم او طحن الحنطة او نسج الغزل او تخمر العصير او اسلم مشتري الخمر ذمياً لا تصح الزيادة لفوات محل العقد اذ العقد لم يرد على المطحون والمنسوج ولهذا يصير الغاصب احق بهما اذا فعل في المغصوب ذلك وكذا الزيادة في المهر شرطه بقاء الزوجية فلو زاد بعد موتها لا يصح بخلاف ما لو ذبح الشاة المبيعة ثم زاد حيث تثبت الزيادة وكذا اذا اجر او رهن او خاط الثوب او اتخذ الحديد سيفاً او قطع يد المبيع فاخذ المشتري ارشه تثبت الزيادة في كل هذا وانما لم تثبت فيما ذكرنا من صور الهلاك لانه لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والالتحاق وان كان يقع مستنداً فالمستند لا بد ان يثبت اولاً في الحال ثم يستند وثبوته منتف لانتفاء المحل فيتعذر استناده فلا يثبت كالبيع الموقوف لا يبرم بالاجازة اذا كان المبيع هالكاً وقتها وقوله على ظاهر الرواية احتراز عما روى الحسن في غير رواية الاصول عن ابي حنيفة ان الزيادة تصح بعد هلاك المبيع كما يصح الحط بعد هلاكه وفي المبسوط وكذا اذا كانت الزيادة من الاجنبي وضمنها لانه التزمها عوضاً وهذا الالتزام صحيح منه وان لم يملك شيئاً بمقابلته كما لو خالع امرأته مع اجنبي او صالح مع الاجنبي من الدين على مال وضمنه صح وان لم يملك الاجنبي شيئاً بمقابلته هذا في زيادة الثمن فاما الزيادة في المبيع ففي جمع التفاريق تجوز الزيادة في المبيع بعد هلاك المبيع وكذا ذكر في المنتقى ويكون لها حصة من الثمن حتى لو هلكت قبل القبض سقطت حصتها من الثمن بخلاف الحط فانه يصح بعد هلاك المبيع لان المبيع بعد الهلاك بحيث يمكن حط البدل اي الثمن عما يقابله وحاصلها اخراج القدر المحطوط عن ان يكون ثمناً فانما يشترط فيه قيام الثمن دون المبيع والثمن باق فيثبت الحط ملتحقاً باصل العقد الا ترى انه يصح الحط بسبب العيب بعد الهلاك فانه يرجع بالنقصان وبه يكون الثمن ما سوى ما رجع به فاسقاط عوض المعدوم يصح والاعتياض عنه لا يصح **قوله** ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلاً معلوماً صار مؤجلاً وهو قول مالك خلافاً للشافعي وكذا قوله في كل دين حال لا يصير مؤجلاً بالتاجيل هو قول زفر لانه بعد ان كان حالاً ليس الا وعداً بالتاخير قلنا الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيراً على من عليه وهذا لا يستلزم الدعوى وهو لزوم الاجل بالتاجيل فانه يقول لا شك ان له ان يؤخر انما الكلام في انه يلزم التاخير شرعاً اذا اخر وقوله الا ترى الى آخره يستدل به مستقلاً في المطلوب وهو ان الشرع اثبت عند اسقاطه السقوط والتاجيل التزام الاسقاط الى وقت معين فيثبت شرعاً السقوط الى ذلك الوقت كما ثبت شرعاً سقوطه مطلقاً باسقاطه مطلقاً ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح ومجيء المطر لا يجوز ولا يجوز التاجيل به ابتداء وان كانت يسيرة كالحصاد والدياس يجوز ويلزم كما اذا كفل اليها وقد ذكرناه من قبل يعني في آخر باب البيع الفاسد لان الاجل المجهول لم يشترط في عقد البيع ليفسد به بل فيما هو دين وكل دين اذا اجله صاحبه صار مؤجلاً لما ذكرنا الا القرض فان تاجيله لا يصح ولو شرط الاجل في ابتداء القرض بطل الاجل وعند مالك يصح ايضاً لان القرض صار في ذمته كسائر الديون ولو مات المقرض فاجل ورثته صح قاضي خان بانه لا يصح كما لو اجل المقرض وقول صاحب المبسوط ينبغي ان يصح على قول البعض لا يعارض ولا يفيد ما يعتمد عليه ولا فرق بين ان يؤجل بعد استهلاك القرض او قبله هو الصحيح وليس تاجيل القرض تاجيل بدل الدراهم والدنانير المستهلكة اهـ باستهلاكها لا يصير قرضاً والحيلة في لزوم تاجيل القرض ان يحيل المستقرض المقرض على آخر بدينه فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم ح وجه المسئلة ان القرض صلة واعارة في الابتداء حتى صح القرض بلفظ

باب الربوا

قال الربوا محرم في كل مكيل او موزون اذا بيع بجنسه متفاضلا فالعلة عندنا الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس قال رضي الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا ... [illegible]

اثر تملك هذه الالف بل تمسك في نحوه ولهذا لا يملكه من لا يملك الصلوة والتبرعات كالوصي والصبي والعبد والمكاتب ومعاوضة في الانتهاء لانه اعطاه ليأخذ بدله بعد ذلك فاخذ مثله فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل كما لا يلزم تاجيل الاعارة فانه لو اعارت المتاع الى شهر كان له ان يسترده في الحال اذ لا تاجيل له في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح ايضا لانه تصير هذه المعاوضة بيع دراهم بمثلها نسيئة وهو ربا ولانه لو لزم كان التبرع ملزما على المتبرع شيئا كالكف عن المطالبة فيما نحن فيه وهو ينافي موضوع التبرعات قال تعالى ما على المحسنين من سبيل نفي السبيل عنهم على وجه نصوصية الاستغراق فلو لزم تحقق سبيل عليه ثم للمثل المردود حكم العين كانه رد العين ولولا هذا الاعتبار كان تمليك دراهم بدراهم بلا قبض في المجلس فلزم اعتبار ما اشترنا كالعين واذا جعلت كالعين فالتاجيل في الاعيان لا يصح بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله الفا لفلان الى سنة حيث يلزم ذلك من ثلثه لانه وصية بالتبرع فيلزم كما يلزم الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنة مع انه لو اعاره عبده وداره سنة كان له ان يسترده في الحال وهذا لان الوصية اوسع من سائر التصرفات الا ترى انه لو اوصى بثمرة بستانه جاز وان كانت الثمرة معدومة في الحال رعاية لحق الموصي ونظرا له فضلا من الله ورحمة وللرحمة عليه اجازها الشرع وكان القياس ان لا يصح لانها تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته والله اعلم

باب الربوا هو من البيوع المنهية قطعا لقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا الربوا بسبب زيادة فيه فمناسبته بالمرابحة ان في كل منهما زيادة الا ان تلك حلال وهذه منهية والحل هو الاصل في الاشياء فقدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه والربوا بكسر الراء وفتحهما خطأ **قوله** الربوا في كل مكيل او موزون بيع بجنسه في عدة من النسخ الربوا محرم في كل مكيل الى آخره وفي كثير منها زيادة متفاضلا الربوا يقال لنفس الزائد ومنه ظاهر قوله تعالى لا تأكلوا الربوا اي الزائد في القرض والسلف على المدفوع والزيادة في بيع الاموال الربوية عند بيع بعضها بجنسه وسنذكر تفصيلها ويقال لنفس الزيادة اعني بالمعنى المصدري ومنه واحل الله البيع وحرم الربوا اي حرم ان يزاد في القرض والسلف على القدر المدفوع وان يزاد في بيع تلك الاموال بجنسها قدر ليس مثله في الآخر لانه ح فعل والحكم يتعلق به ولا شك ان في قوله الربوا في كل مكيل الاول بغير لفظ محرم لا يراد كل منهما لانه كذب على اسقاط لفظ متفاضلا ولا فائدة فيه بتقدير اثباتها فكان المراد حكم الربوا وهو الحرمة واما استعمال الربوا في الحرمة فيكون لفظ الربوا مجازا او على حذفه وارادته فيكون من مجاز الحذف والربوا اريد به الزيادة مبتدأ والمجرور خبره اي حرمة الزيادة ثابتة في كل كيل ثم قوله فالعلة الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس مرتبا بالفاء كما عرف ان الحكم المرتب على مشتق يوجب كون مبدأ الاشتقاق علته ولا ترتب الحكم على المكيل والموزون مع الجنس تفرع عليه ان العلة الكيل مع الجنس وقد يقال بدل الكيل والوزن القدر وهو اشمل واخصر لكنه يشمل ما ليس بصحيح اذ يشمل الذرع والعد وليس من اموال الربوا اي علة تحريم الزيادة كونه مكيلا او موزونا مع اتحاد البدلين في الجنس فهي علة مركبة والاصل فيه الحديث المشهور واخرج الستة الا البخاري عن عبادة بن الصامت قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلف هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد واخرج مسلم من حديث ابي سعيد الخدري قال قال عليه الصلوة والسلام مثله سواء وزاد بعد قوله يدا بيد فمن زاد او استزاد فقد اربى واخرج مسلم ايضا عن ابي سعيد مثله وزاد بعد قوله فقد اربى الا ما اختلفت الوانه وليس فيه ذكر الذهب والفضة والتقدير في هذه الروايات كلها بيعوا مثلا بمثل واما رواية مثل بالرفع ففي رواية محمد بن الحسن ثنا ابو حنيفة عن عطية العوفي عن ابي سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم

والقدر والوزن

والحكم معلول باجماع القائسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي رح الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان به والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط ولنا انه اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل او صيانة لاموال الناس عن التوى او تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربوا

انه قال الذهب بالذهب مثل بمثل يدا بيد والفضل ربوا والفضة بالفضة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربوا وهكذا قال الى آخر الستة وكذا ما روى محمد في كتاب الصرف باسناده الى عبادة بن الصامت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الذهب بالذهب مثل بمثل يدا بيد هكذا الى آخر الاشياء الستة وذكر التمر بعد الملح آخرا وفي رواية ابي داود عن عبادة بن الصامت الذهب بالذهب تبرها وعينها والفضة بالفضة تبرها وعينها الى ان قال فلا باس ببيع الذهب بالفضة والفضة اكثرهما يدا بيد واما نسيئة فلا ولا باس ببيع البر بالشعير والشعير اكثرهما يدا بيد واما النسيئة فلا انتهى ومعلوم ان الجواز في بيع الذهب بالفضة والبر بالشعير لا يقتصر على زيادة الفضة والشعير بل لو كان الزائد الذهب والبر جاز ولكن ذلك محمول على ما هو المعتاد من تفضيل الذهب على الفضة والبر على الشعير **قوله** والحكم يعني حرمة الربوا او وجوب التسوية معلول باجماع القائسين اي القائلين بوجوب القياس عند شرطه بخلاف الظاهرية وكذا عثمان البتي فان عندهم حكم الربوا مقتصر على الاشياء الستة المنصوصة المتقدم ذكرها اما الظاهرية فلانهم ينفون القياس واما عثمان البتي فلانه يشترط في القياس ان يقوم دليل في كل اصل انه معلول ولم يظهر لههنا ولانه يبطل العدد ولا يجوز كما في قوله خمس من الفواسق قلنا تعليق الحكم بالمشتق كالطعام في قوله لا تبيعوا الصاع بالصاعين كما سيأتي عند الشافعي دليل وستقيم عليه الدليل واما ابطال العدد فهو بناء على اعتبار مفهوم المخالفة وهو ممنوع ولو سلم فالقياس مقدم عليه باتفاق القائلين به والابطال الممنوع هو الابطال بالنقص لا بالزيادة بالعلة فلعل وتخصيص هذه الستة بالذكر لان عامة المعاملات الكائنة يومئذ بين المسلمين كان فيها وممن نقل عنه قصر حكم الربوا على الستة ابن عقيل من الحنابلة وهو ايضا مأثور عن قتادة وطاؤس قيل فانخرم قوله باجماع القائسين **قوله** لكن العلة عندنا ما ذكرناه يعني القدر والجنس فعند اجتماعهما يحرم التفاضل والنساء وباحدهما منفردا يحرم النساء [illegible] كما سيأتي وعند الشافعي العلة الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص من الحرمة وهي اعني الحرمة الاصل وعند مالك العلة الاقتيات والادخار وكلما يقتات او يدخر فهو ربوي والا فلا لانه عم خص البر وذكر معه ليفيد بكل معنى ظاهر فيه فنبه بالبر على مقتات تعم الحاجة اليه وتقوم الابدان به والشعير يشاركه فيه مع كونه علفا وقوتا لبعض الناس عند الاضطرار فيلحق به الذرة ونحوها ونبه بالتمر على كل حلاوة تدخر غالبا كالعسل والسكر والزبيب وبالملح على ما اصلح المقتات من المأكولات فهو في حكمها فيلحق الابازير وما في معناها والذهب والفضة معللان بعلة قاصرة عندهم وهي كونهما قيم الاشياء واصول الاثمان وقال الشافعي رح في القديم العلة الطعم مع الكيل او الوزن وفي الجديد هي الطعم فقط في الاربعة والثمنية في النقدين ومنهم من يجعلها عينهما والتعدي الى الفلوس الرائجة وجه والصحيح انه لا ربوا فيه لانتفاء الثمنية الغالبة وهو قول احمد في رواية والجنسية شرط عمل العلة وعن هذا لم يجعل الجنس بانفراده يحرم شيئا وعلى الجديد يحرم الربوا في الماء وجه قوله صلى الله عليه وسلم الطعام بالطعام مثلا بمثل رواه مسلم والطعام مشتق من الطعم وكان مبدأ الاشتقاق علته وروي لا تبيعوا الطعام الخ فافاد ان الحرمة اصل والمساواة مخلص منها اذ لو اقتصر على لا تبيعوا لم يجز بيع احدهما بالآخر مطلقا فما لم تثبت المساواة كانت الحرمة ثابتة لانها هي الاصل فامتنع بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين والبيضة بالبيضتين والتعليل بالقدر يقتضي تخصيص هذا النص اذ تجوز الحفنة بالحفنتين وهذا الطريق يفيد انها علة منصوصة فلو اخذنا في استنباط علته ادانا الى هذه العلة ايضا ووجهه انه نص على شرطي التقابض والتماثل وهذا الاشتراط يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فوجب تعليله بعلة توجب العزة والخطر وفي الطعم ذلك لتعلق بقاء النفوس به والثمنية التي بها يتوصل الى تحصيل العروض التي بها حصول المقاصد الاصلية من بقاء النفس وغيرها من حصول الشهوات ولا اثر للجنسية والقدر في ذلك اي

والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا او لان في اعتباره سد باب البياعات او لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء والطعم والثمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت هذا قال اذا بيع المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربوا الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت في الوصف ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار لم توجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي رح العلة هي الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم وما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية

في اظهار العزة والخطر فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط كالرجم مع الاحصان ولنا انه اي النص المشهور اوجب التماثل شرطا للبيع وايجاب المماثلة هو المقصود وفي الحديث اذ لابد فيه من اضمار لفظ بيعوا حيث انتصب مثلا اي بيعوا هذه الاشياء مثلا بمثل وبهذا تبين ان الاباحة في بيع الاموال الربوية بعضها ببعض هي الاصل وقوله لا تبيعوا الطعام الحديث انما يتصرف النهي الى ما بعد الا نحو ما جاء زيد الا راكبا وحاصله الامر بالتسوية عند بيعها ولا شك ان في ايجاب المماثلة تحقيقا لمعنى البيع المبني عن التقابل اذ كان عقد معاوضة فاستدعى شيئين كما ان المماثلة تستدعي شيئين وكذا تحقيق معناه بالتماثل فان كلا منهما مساو للآخر في كونه مستدعي العقد فسوى بينهما في المماثلة عند اتحاد الجنس في القدر ليتم معنى البيع له واوجب المماثلة صيانة لاموال الناس عن التوى فانه اذا قوبل بجنسه قابل كل جزء بكل جزء فاذا كان فضل في احدهما صار ذلك الفضل تاويا على مالكه فلقصد صيانة اموال الناس عن التوى اوجب المماثلة بخلاف ما اذا قوبل المال بغير جنسه فانه لا يتحقق فيه جزء لم يقابل بجزء من الآخر فلا يتحقق التوى الا عند المقابلة بالجنس مع تحقق الفضل في احد الجهتين ثم من تتميم التماثل المساواة في التقابض فان للحال مزية على المؤخر فايجاب التقابض ايضا لذلك وبه ظهر قصد المبالغة في الصيانة عن التفاوت حفظا عليهم اموالهم والمماثلة بين الشيئين تمامها باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات اي الصورة والجنسية يسوي المعنى فيظهر بذلك الفضل فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه اي في العقد وعلمت ان الخلو في المعاوضة لا يتحقق الا عند المقابلة بالجنس فلزم ما قلنا من الكيل او الوزن مع الجنس ولم يعتبر في اثبات المماثلة عدم تفاوت الوصف اما لانه لا يعد تفاوتا عرفا وفيه نظر او لان في اعتباره سد باب البياعات وهو الوجه لانه قل ما يخلو عوضان من جنس عن تفاوت ما فلم يعتبر وقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء ان صح بعينه والا فهو مفاد من حديث بيع التمر بالجنيب والاجماع عليه وعلة اهداره ما ذكرنا وعند تامل هذا الكلام يتبادر ان المتناظرين لم يتواردوا على محل واحد فان الشافعي وكذا مالك عينوا العلة بمعنى الباعث على شرع الحكم وهؤلاء عينوا العلة بمعنى المعرف للحكم فان الكيل يعرف المماثلة فيعرف الجواز وعدمها فيعرف الحرمة فالوجه ان يتحد المحل وذلك بجعلها الطعم والاقتيات الى آخر ما ذكروا عندهم وعندنا هي قصد صيانة اموال الناس وحفظها عليهم وظهور هذا القصد من ايجاب المماثلة في المقدار والتقابض اظهر من ان يخفى على من له ادنى لب فضلا عن فقيه واما الطعم فربما يكون التعليق به من فساد الوضع لان الطعم مما تشتد الحاجة اليه اشتدادا تاما والسبيل في مثل ذلك الاطلاق بابلغ الوجوه دون التضييق فان السنة الالهية جرت في حق جنس الانسان ان ما كان الحاجة اليه اكثر كان اطلاق الشرع فيه اوسع كالماء والكلاء للدواب فان قال ترتيب الحكم على المشتق عليه قلنا ذلك بشرط كونه صالحا مناسبا للحكم على انا نمنع ان الطعام مشتق بل هو اسم لبعض الاعيان الخاصة وهو البر والشعير لا يعرف المخاطبون بهذا الخطاب غيره بل التمر وهو غالب ماكولهم لا يسمونه طعاما ولا يفهمونه من لفظ الطعام الا ترى ان مالكا فيما قدمنا اجاز التصرف في كل مبيع قبل القبض سوى الطعام قال لانه صلى الله عليه وسلم خصه بالذكر ولم يرد كل ما يوكل او يشرب من البقل والماء والطين الارمني وهو صحيح لولا دليل آخر عممه والحاقه بالبضع فيه خلل لان البضع مصون شرعا وعرفا وعادة عن الاستبذال والاباحة وكان الاشتراط من تحقيق غرض الصيانة بخلاف باقي الاموال فان اصلها الاباحة ويوجد كثير منها مباحا حتى الذهب والفضة وانما لزم فيها العقد بعد تعلق حق انسان به دفعا للمفسدة فوضعها على ضد وضع البضع من الابتذال والامتهان دفعا للحوائج الاصلية فالحاقها به

قيل

قال وإذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم إليه حل التفاضل والنسأ لعدم العلة المحرمة والأصل فيه الإباحة وإذا وجدا حرم التفاضل والنسأ لوجود العلة وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النسأ مثل أن يسلم هرويا في هروي أو حنطة في شعير فحرمة ربوا الفضل بالوصفين وحرمة النسأ بأحدهما وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم النسأ لأن بالنقدية وعدمها لا يثبت إلا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة أولى ولنا أنه مال الربوا من وجه نظرا إلى القدر أو الجنس والنقدية أوجبت فضلا في المالية فتحقق شبهة الربوا وهي مانعة كالحقيقة إلا أنه إذا أسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وإن جمعهما الوزن لأنهما لا يتفقان في صفة الوزن فإن الزعفران يوزن بالأمناء وهو مثمن يتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين

غير صحيح إلا أنهم لما حصروا المعرف في الكيل والوزن أجاز وأبيع ما لا يدخل تحت الكيل مجازفة فأجاز وأبيع التفاحة بالتفاحتين والحفنة من البر بحفنتين لعدم وجود المعيار المعرف للمساواة ولم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الإتلاف لا بالمثل وهذا في غير الجوز من العددي المتقارب أما فيه فكلام فخر الإسلام أن الجوزة مثل الجوزة في ضمان العدوان وكذا التمرة بالتمرة لا في حكم الربوا لأن الجوزة ليس مثلا للجوزة لعدم دليل المماثلة ولوجود التفاوت إلا أن الناس أهدروا التفاوت فقيل في حقهم وهو ضمان العدوان فأما في حق الشرع وهو وجوب التسوية فلا ومن فروع ضمان ما دون نصف صاع بالقيمة أنه لو غصب حفنة فعفنت عنده ضمن قيمتها فإن أبى إلا أن يأخذ عينها أخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد الذي حصل لها وعند الشافعي لما كانت العلة الطعم حرم الحفنة والتفاحة بمثلتين وقالوا ما دون نصف صاع في حكم الحفنة لأنه لا تقدير في الشرع بما دونه فعرف أنه لو وضعت مكائيل أصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل بها وهذا إذا لم يبلغ أحد البدلين نصف صاع فإن بلغ أحدهما نصف صاع لم يجز حتى لا يجوز بيع نصف صاع بحفنة تفاح بحفنة وفي جميع التفاريق قيل لا رواية في حفنة بقفيز واللب بالجوز والصحيح ثبوت الربوا ولا يسكن الخاطر إلى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد إلى صيانة أموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين أما إذا كانت مكائيل أصغر منها كما في ديارنا من وضع ربع القدح وثمن القدح المصري فلا شك وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية في الواجبات المالية كالكفارة وصدقة الفطر بأقل منه لا يستلزم إهدار التفاوت المتيقن بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم إهداره ولقد أعجب غاية العجب من كلامهم هذا وروى المعلى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرتين وقال كل شيء حرم في الكثير فالقليل منه حرام ويتفرع على الخلاف ما لو تبايعا كيلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس مع التفاضل على ما قررناه للصيانة وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية هذا ولكن يلزم على التعليل بالصيانة أن لا يجوز بيع عبد بعبدين وبعير ببعيرين وجوازه مجمع عليه إذا كان حالا فإن قيل الصيانة حكمة فيناط بالمعرف لها وهو الكيل والوزن قلنا إنما يجب ذلك عند خفاء الحكمة وعدم انضباطها وصون المال ظاهر منضبط فإن المماثلة وعدمها محسوس بذلك تعلم الصيانة وعدمها غير أن المذهب يضبط هذه الحكمة بالكيل والوزن تفاديا عن نقضه بالعبد بعبدين وثوب هروي بهرويين وفي الأسرار ما دون الحبة من الذهب والفضة لا قيمة له **قوله** وإذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم إليه وهو القدر حل التفاضل والنسأ كبيع الحنطة بالدراهم أو الثياب والهروي بهرويين إلى أجل والجوز بالبيض إلى أجل لعدم العلة المحرمة وعدم العلة وإن كان لا يوجب عدم الحكم لكن إذا اتحدت العلة لزم من عدمها العدم لا بمعنى أنها تؤثر العدم بل لا يثبت الوجود لعدم العلة الوجود فيبقى عدم الحكم وهو الحرمة فيما نحن فيه على عدم الأصلي وإذا عدم السبب المحرمة والأصل في البيع مطلقا الإباحة إلا ما أخرجه دليل من أصنافه كان الثابت الحل وإذا وجدا أي الجنس والمعنى المضموم إليه وهو القدر حرم التفاضل والنسأ كالشعير بالشعير لا يجوز إلا مع التساوي والتقابض لوجود العلة المعرفة للحكم على ما بينا وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النسأ مثل أن يسلم ثوبا هرويا في ثوب هروي في صورة اتحاد الجنس مع عدم المضموم إليه من الكيل والوزن لا يجوز وكذا إذا باع عبدا بعبد إلى أجل لوجود الجنسية ولو باع العبد بعبدين أو الهروي بهرويين حاضرا جاز أو حنطة في شعير في صورة اختلاف الجنس مع اتحاد المضموم وهو المستوي وكذا حديد في رصاص ومقتضاه أن لا يجوز فلوس في حين ونحوه في زماننا لأنها وزنية فحرمة ربوا الفضل

ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة

بالوصفين جميعا وحرمة النساء باحدهما والنساء بالمد ليس غير وقال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم شيئا لانه لا وليل عليه وايضا اول الدليل على نفيه وهو ما عن ابن عمر رض انه صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فامر في ان اشتري بعيرا ببعيرين الى اجل اي يكون سلما وعن ابن عمر انه باع بعيرا باربعة الى اجل وعن علي رضي الله عنه انه باع بعيرا يقال له عصفور بعشرين بعيرا الى اجل والمعنى ان التاجيل في احد البدلين يظهر التفاوت فيه حكما والتفاوت حقيقة اكثر تاثيرا منه حكما فاذا كان التفاوت حقيقة في هذه الاموال بان باع الواحد بالاثنين لا يؤثر في منع الجواز بالاتفاق حتى جاز هذا البيع اذا كان حالا اتفاقا فالتفاوت حكما اولى وهذا معنى قول المصنف لان بالنقدية الى آخره ولنا انه مال الربا نظرا الى القدر او الجنس وعرف الى النقدية اوجبت فضلا في المالية حتى تعورف البيع بالحال بانقص عنه بالمؤجل فيتحقق بوجوده شبهة علة الربا فتثبت شبهة الربا وشبهة الربا ملحقة بحقيقة الربا بالاجماع على منع بيع الاموال الربوية مجازفة وان ظن التساوي وتماثلت الصبرتان في الرؤية وليس فيه الا شبهة ثبوت الفضل حتى قالوا لو تبايعا مجازفة ثم كيل بعد ذلك فظهر متساويين لم يجز عندنا ايضا خلافا لزفر لان العلم بالمساواة عند العقد شرط الجواز لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الربا والريبة وكذا الاتفاق على ان لا يجوز بيع الحنطة بالشعير نسيئة يفيد ما ذكرنا والتحقيق ان المعول في ذلك ما تقدم من حديث عبادة بن الصامت مما اخرجه الستة الا البخاري من قوله في آخر الحديث فاذا اختلفت هذه الاوصاف فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد فالزم التقابض عند الاختلاف وهو تحريم النسيئة وكذا ما تقدم من رواية ابي داود من قوله صلى الله عليه وسلم ولا باس ببيع البر بالشعير والشعير اكثرهما يدا بيد واما النسيئة فلا واخرج ابو داود ايضا قال حدثنا موسى بن اسماعيل ثنا حماد عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة فقام دليلا على ان وجود احد جزئي علة الربا علة لتحريم النساء ثم عللنا بان فيه شبهة الربا اعني الفضل وانما قلنا هذا لان مقتضى ما ذكر من ان للشبهة حكم الحقيقة ان يحرم باحد الوصفين التفاضل ايضا لان شبهة العلة حكم العلة فتثبت به شبهة حكم العلة وحكم العلة هو حرمة التفاضل والنساء فيثبت فيهما ثم تقدم هذا الحديث على حديث البعير ببعيرين لانه محرم وذلك مبيح ويجمع بينهما بان ذلك كان قبل تحريم الربا ولما كان مقتضى ما ذكر ان لا يجوز اسلام النقود من الدراهم والدنانير في الزعفران وفي سائر الموزونات كالقطن والحديد والنحاس وهو جائز بالاجماع اجاب بالفرق بان الوزن في النقود وتلك الاموال مختلف فانه في النقود بالمثاقيل والدراهم بالصنجات وفي الزعفران بالامناء والقبان وهذا اختلاف في الصورة بينهما وبينهما اختلاف آخر معنوي وهو ان النقود لا تتعين بالتعيين والزعفران وغيره يتعين وآخر حكمي وهو انه لو باع النقود موازنة وقبضها كان له ان يبيعها قبل الوزن وتفسيره لو اشترى دراهم او دنانير موازنة فوزنها البائع بغيبة المشتري وسلمها فقبضها جاز له ان يتصرف فيها قبل وزنها ثانيا وفي الزعفران ونحوه يشترط اعادة الوزن في مثله فاذا اختلفا اي النقد والزعفران ونحوه فيه اي الوزن صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة وقوله صورة ومعنى وحكما نشر مرتب بعد اللف ولا يخفى ان التعيين بالتعيين وعدمه لا يتعلق بالوزن وليس الاختلاف باعتباره اختلافا في معنى الوزن وكذا الاول بان الزعفران والمسك والزباد يوزن في الصنجات ايضا وكذا الاخير بل لا فرق بين النقد وغيره في ذلك وقوله وفي الزعفران واشباهه لا يجوز ان اراد انه بعد ما وزنه من بائعه وقبضه ليس له ان يبيعه حتى يعيد الوزن فممنوع بل له ان يبيعه موازنة من آخر ثم يلزم بعد هذا البيع ان يزنه الآخر لتسليمه اليه ليصح تصرف الآخر فيه وكذا القول في الدراهم اذا قبضها واما ان يقال اذا باع العبد بالدراهم حتى كانت ثمنا او باعها له ان يتصرف فيها

قال كل شيء نص رسول الله عليه السلام على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا وان ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها دالة وعن ابي يوسف رح انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا او الذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم

قبل قبضها بخلاف الزعفران لانه مبيع وذلك ثمن ويجوز التصرف في الثمن قبل قبضه بخلاف المبيع وعلى تقدير هذا الاختلاف الحكمي وحده لا يوجب اعتباره غير مشارك له في اصل الوزن سواذا ضعف هذا فالوجه في هذا ان يضاف تحريم الجنس بانفراده الى السمع كما ذكرنا ويحقق تاثير الكيل والوزن بانفراده ثم يستثني اسلام النقود في الموزونات بالاجماع كيلا ينسد اكثر ابواب السلم وسائر الموزونات بخلاف النقد لا يجوز ان يسلم في الموزونات وان اختلفت اجناسها كاسلام حديد في قطن او زيت في جبن وغير ذلك الا اذا خرج من ان يكون وزنيا بالصنعة الا في الذهب والفضة ولو اسلم سيفا فيما يوزن جاز الا في الحديد لان السيف خرج من ان يكون موزونا ومنعه في الحديد لاتحاد الجنس وكذا يجوز بيع اناء من غير النقدين بمثله من جنسه يدا بيد نحاسا كان او حديدا وان كان احدهما اثقل من الآخر بخلافه من الذهب والفضة فانه يجري فيه ربا الفضل وان كانت لا تباع وزنا لان صورة الوزن منصوص عليها فيهما فلا تتغير بالصنعة فلا يخرج عن الوزن بالعادة واورد انه ينبغي ان يجوز اسلام الحنطة والشعير في الدراهم والدنانير لاختلاف طريقة الوزن اجيب بان امتناعه لامتناع كون النقد مسلما فيه لان المسلم فيه مبيع وهما متعينان للثمنية وهل يجوز بيعا قيل ان كان بلفظ البيع يجوز بيعا بثمن مؤجل وان كان بلفظ السلم فقد قيل لا يجوز وقال الطحاوي رح ينبغي ان ينعقد بيعا بثمن مؤجل هذا فاختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص باختلاف المقصود والحنطة والشعير جنسان عندنا وعند الشافعي رح وقال مالك جنس واحد حتى لا يجوز بيع احدهما بالآخر متفاضلا لان اسم الطعام يقع عليهما قلنا بل جنسان لانهما مختلفان اسما ومعنى وافراد كل من الآخر في قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير يدل على انهما جنسان والا قال الطعام بالطعام وكون اسم الاعم يصح اطلاقه على الاخص لا يوجب ان جميع ما يصدق عليه يكون متماثلة كالحيوان يطلق على امور متباينة بلا اشتباك كالانسان والفرس ولم يلزم من ذلك ان يكون جنسا واحدا بالمعنى الفقهي والثوب الهروي والمروي وهو بسكون الراء جنسان لاختلاف الصنعة وقوام الثوب بها وكذا المروي المنسوج ببغداد وخراسان واللبد الارمني والطالقاني جنسان والتمر كله جنس واحد والحديد والرصاص وما اشبهه اجناس وكذا غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضان والمعز والالية واللحم وشحم البطن اجناس ودهن البنفسج والخيري جنسان والادهان المختلفة اصولها اجناس ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب لان الطيب زيادة قوله وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه حتى لا يجوز بيعه وزنا وان تماثلا في الوزن الا ان علم انهما متماثلان في الكيل ايضا وكلما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا مثل الذهب والفضة لان النص اقوى من العرف لان العرف جاز ان يكون على باطل كتعارف اهل زماننا في اخراج الشموع والسرج الى المقابر ليالي العيد والنص بعد ثبوته لا يحتمل ان يكون على باطل ولان حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط والنص حجة على الكل فهو اقوى ولان العرف انما صار حجة بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وفي المجتبى ثبت بهذا ان ما يعتاده اهل خوارزم من بيع الحنطة الربيعية بالخريفية موزونا متساويا لا يجوز وما لم ينص عليه عليه السلام فهو محمول على عادات الناس في الاسواق لانها اي العادة دالة على الجواز فيما وقعت عليه لقوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا الحديث ومن ذلك دخول الحمام وشرب ماء السقاء ولان العرف بمنزلة الاجماع عند عدم النص وزاد الشافعي ان ما كان مستخرجا من اصل فهو ملتحق به لانه تبع له كالدقيق وعن ابي يوسف انه يعتبر العرف وعلى خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك الكيل في الشيء او الوزن فيه

قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة

ما كان في ذلك الوقت الا لان العادة اذ ذاك بذلك وقد تبدلت فتبدل الحكم واجيب بان تقريره صلى الله عليه وسلم اياهم على ما تعارفوا من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يتغير بالعرف لان العرف لا يعارض النص كما ذكرناه آنفا كذا وجه ولا يخفى ان هذا لا يلزم ابا يوسف لان قصاراه انه كنصه على ذلك وهو يقول يصار الى العرف الطارئ بعد النص بناء على ان تغير العادة يستلزم تغير النص حتى لو كان صلى الله عليه وسلم حيا نص عليه ونظيره ما ذكرنا في سنية التراويح مع انه صلى الله عليه وسلم لم يواظب عليه بل فعله مرة ثم ترك لكن لما بين عذر خشية الافتراض على معنى لولاه لواظب حكم بالسنية مع عدم المواظبة لانا امنا من بعده النسخ فحكمنا بالسنية وكذا هذا لو تغيرت تلك العادة التي كان النص باعتبارها الى عادة اخرى تغير النص والله اعلم فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا والذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل لو كان بالمعيار المنصوص عليه كما لو باع مجازفة فانه لا يجوز لتوهم الفضل في احدهما وقوله الا انه الى آخره استثناء على قولهما من قوله فهو كيلي ابدا اي يلزم ان يتصرف فيه بالكيل ابدا فهو بعمومه يمنع السلم في الحنطة ونحوها وزنا فاستثناه وقال يجوز ذلك لان المصحح فيه كون المسلم فيه معلوما على وجه لا يكون بينهما فيه نزاع وذلك يتحقق باتفاقهما على الوزن بخلاف بيعها بجنسها فان المصحح هناك التماثل بالمسوي الشرعي المعين فما لم يكن ذلك المسوي التحق بالجزاف فلا يجوز وهذا اختيار الطحاوي وروى الحسن عن اصحابنا انه لا يجوز لانها كيلية بالنص والحاصل ان فيه روايتين والفتوى على الاول وقد عرفت الفرق وقوله في الكافي الفتوى على عادة الناس يقتضي انهم لو اعتادوا ان يسلموا فيها كيلا فاسلم وزنا لا يجوز ولا ينبغي ذلك بل اذا اتفقا على معرف كيل او وزن ينبغي ان يجوز لوجود المصحح وانتفاء المانع وفي جمع التفاريق روي عنهما جواز السلم وزنا في المكيلات وكذا عن ابي يوسف في الموزونات كيلا انه يجوز وكذا اطلقه الطحاوي فقال لا باس بالسلم في المكيل وزنا وفي الموزون كيلا وهذا المعنى الذي ذكره فرق بين الكيلي نصا والوزني عادة وقلبه فاما الوزني نصا وعادة كما في اناءين من جنس واحد حديدا وذهبا او فضة احدهما اكثر وزنا من الآخر ففي الاناءين من غير النقدين يجوز بيع احدهما بالآخر اذا كانت العادة ان لا يباعا وزنا لانه عددي متفاوت وفي اواني الذهب والفضة لا يجوز فانه يجري فيهما ربا الفضل وان كانت لا تباع وزنا في العادة فان الوزن في الذهب والفضة منصوص عليه فلا يتغير بالصنعة بالعادة واما في الحديد ونحوه فالوزن فيه ثابت بالعرف فيخرج بالصنعة ايضا من ان يكون موزونا بالعرف قوله وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني هذا في التحقيق تفسير لبعض الفاظ ربما ينسب اليها المبيع بلفظ تقدير ولم يشتهر فيها انها اسم يرجع الى الوزن كما اشتهر في المن والقنطار او الى المكيل كما في الصاع والمد فلا يدرى هذه الاسماء من قبيل الوزن فيجري حكم الوزن على المبيع او المكيل فيجري عليه حكم الكيلي وذلك كاسم الرطل وهو بفتح الراء وكسرها والاوقية فافاد ان المنسوب اليها من المبيعات وزني فيجري عليه ذلك فلو بيع ما ينسب الى الرطل والاوقية كيلا بكيل متساويين يعرف قدرهما كيلا ولا يعرف وزن ما يحلهما لا يجوز لاحتمال عدم تساويهما في الوزن فيكون بيع الجزاف ولو تبايعا كيلا متفاضلا وهما متساويان بالوزن صح وليس قولنا لاحتمال عدم تساويهما وزنا لافادة انه لو ظهر تساويهما وزنا يجوز فانا قدمنا ان اموال الربا لو بيعت مجازفة ثم ظهر تساويهما لا يجوز خلافا لزفر وقول الشافعي كقولنا بل لافادة انه لو علم تساويهما فيما يجب نسبتها اليه من الكيل والوزن كان جائزا ثم الرطل والاوقية تختلف فيهما عرف الامصار ويختلف في المصر الواحد من المبيعات فالرطل الآن بالاسكندرية وزن ثلثمائة درهم واثني عشر درهما ونوزن كل عشرة سبعة مثاقيل في مصر مائة واربعة واربعون درهما وفي الشام اكثر من ذلك فهو اربعة امثاله وفي حلب اكثر من ذلك

قال وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وسنبين الفقه في الصرف ان شاء الله **قال** وما سواه مما فيه الربوا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافا للشافعي في بيع الطعام بالطعام له قوله عليه السلام في الحديث المعروف يدا بيد ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فيتحقق شبهة الربوا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين كذا رواه عبادة بن الصامت وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا بخلاف النقد والمؤجل

وفي تفسير ابي عبيد الرطل بانه مائة وثمانية وعشرون تفسير للرطل العراقي الذي قدر به الفقهاء كيل صدقة الفطر وغيرها من الكفارات ثم في الاكثر الرطل المذكور بغير الكتان مائتا درهم بوزن سبعة وكل رطل في عرف ديار مصر والشام واقطارها اثني عشر اوقية وربما كان في غيرها عشرون اوقية ونحوه لا يشكل اختلاف كمية الاوقية باختلاف الرطل وفي زمنه صلى الله عليه وسلم كانت اربعين درهما ثم الاوقية مثلا اثنا عشر كما ذكرنا وفي نحو المسك والزعفران عشرة والحاصل ان هذه الاسماء مع اسماء اخر توقيفية من جهة الاصطلاح تعرف بالاستكشاف والسؤال فيعرف الحال وقوله بكيل لا يعرف وزنه الخ عرف تقريره **قوله** وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان ذهبا وفضة بجنسه او بغير جنسه فان كان بجنسه اشترط فيه التساوي والتقابض قبل افتراق الابدان وان اختلف المجلس حتى لو عقدا عقد الصرف ومشيا فرسخا ثم تقابضا وافترقا صح وان لا يكون به خيار وكذا السلم ولا اجل كذا ذكر وهو مستدرك لان اشتراط التقابض يفيده ولو اسقط الخيار والاجل في المجلس عاد صحيحا خلافا لزفر فان كان بخلاف جنسه كالذهب بالفضة اشترط ما سوى التساوي واستدل على اشتراط التقابض بقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة ربا الا هاء وهاء وروى ابن ابي شيبة من حديث ابن عمر عنه عن عمر الذهب بالذهب ربا الا هاء وهاء والورق بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء ورواه اصحاب الكتب الستة الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر الخ وهاء ممدودة من هاء والف وهمزة بوزن هاع مبني على الفتح ومعناه خذ يعني هو ربا الا فيما يقول كل منهما خذ لصاحبه ومنه هاؤم اقرؤا كتابيه وفسره بانه يعني يدا بيد في الحديث المتقدم ثم قال وما سواه اي ما سوى عقد الصرف مما فيه الربوا من بيع الاموال الربوية بجنسها او بخلاف الجنس يشترط فيه التقابض يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض فلو افترقا بعد تعيين البدلين عن غير قبض جاز عندنا خلافا للشافعي في بيع الطعام اي كل مطعوم حنطة او شعيرا او لحما او فاكهة فانه يشترط فيه التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم يدا بيد ولانه ح يقع التعاقب في القبض وللنقد مزية فيكون كالمؤجل او يحصل التفاوت في البدلين ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط في صحة بيعه القبض كالثوب بالثوب والعبد بالعبد ونحو ذلك وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا حاجة الى اشتراط شرط آخر وهو القبض بخلاف الصرف لان التعيين لا يحصل فيه الا بالقبض فان الدراهم والدنانير لا تتعين مملوكة بالعقد الا بالقبض قال ومعنى قوله يدا بيد عينا بعين وكذا رواه عبادة بن الصامت تقدم رواية عبادة بن الصامت يدا بيد وله رواية اخرى عند مسلم عينا بعين ولفظه في مسلم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح الا سواء بسواء عينا بعين فمن زاد او ازداد فقد اربى وفيه قصة وقوله يقع التعاقب فيحصل التفاوت ممنوع بل هذا القدر مما لا يعد زيادة ما لم يذكر الاجل وقد استشكل بانه استدل بقوله يدا بيد على اشتراط التقابض قبل الافتراق في الصرف ثم استدل به هنا على ان الشرط التعيين لا التقابض فيكون تعميما للمشترك او للحقيقة في المجاز والجواب انه فسر هاء وهاء بيدا بيد وفسر يدا بيد بالتعيين لرواية عينا بعين واستدلاله به على التقابض في الصرف لا ينفيه لان الاستدلال به هناك انما هو على التعيين ايضا لكن لما كان التعيين ثمة بالتقابض في الصرف لا نفيه لان الاستدلال لا يكون الا بغيره ولما قلنا انها لا تتعين الا بالقبض كان الاستدلال بها عليه استدلالا عليه لكن بقي ان يقال حمل يدا بيد على معنى عينا بعين ليس اولى من قلبه واجيب عنه بان رواية عينا بعين تفسير للمجمل لان يدا بيد يحتمل معنيين فهي تفسير له ولو كان المراد منه القبض لم يبق لقوله عينا بعين فائدة لانه يحصل بالقبض ضرورة فلزم ان عينا بعين تفسير ليدا بيد وللقائل ان يدفعه بمنع الاجمال بل هو

قوله وزن رطل الكتان

قال: ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربا والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر
قال: ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كما اذا كانا بغير اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد اذ في نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالئ بالكالئ وقد نهي عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء

ظاهر في التقابض فيجب ان يحمل عينا بعين عليه لان القبض اخص من التعيين وكل قبض يتضمن تعيينا وليس كل تعيين قبضا وباب الربا باب احتياط فيجب ان يحمل العينية على القبض ويؤيده فهم عمر رضي الله عنه كذلك ففي الصحيحين ان مالك بن اوس اصطرف من طلحة بن عبيد الله صرفا بمائة دينار فاخذ طلحة الذهب يقلبها في يده ثم قال حتى ياتي خازني من الغابة وعمر يسمع ذلك فقال والله لا تفارقه حتى تاخذ منه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء وبهذا استدل ابن الجوزي على اشتراط التقابض على ابي حنيفة وكيف معنى هاء خذ وهو من اسماء الافعال ومنه هاؤم اقرؤا كتابيه وقال قائل تمزج لي من بغضها السقار ثم تقول من بعيدها وأما ما نقل من قياس الشافعي على الصرف في اشتراط التقابض فدفع بان الاسم ينبئ هناك عن صرف كل ما في يده والمعاني الفقهية تتعلق على الاسماء الشرعية وليس في الفرع ذلك الا انه لا حاجة له اليه فان الدليل السمعي على الوجه الذي قررناه يستقل بمطلوبه **قوله** ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمر بالتمرتين الخ ومبنى ذلك سبق وهو ظاهر غير ان ذلك كله مشروط بكونه يدا بيد وهي من مسائل الجامع الصغير صورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في بيع بيضة ببيضتين وجوزة بجوزتين وفلس بفلسين وتمرة بتمرتين يدا بيد جاز اذا كان بعينه وليس كلاهما ولا احدهما دينا وصورته اربع ان يبيع فلسا بغير عينه بفلسين بغير اعيانهما لا يجوز لان الفلوس الرائجة اموال متساوية قطعا لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة منها فيكون احدهما فضلا خاليا مشروطا في العقد وهو الربا وان يبيع فلسا بعينه بفلسين بغير عينهما لا يجوز والا امسك البائع الفلس المعين وطالبه بفلس آخر او سلم الفلس المعين وقبضه بعينه منه مع فلس آخر لاستحقاقه فلسين في ذمته ويرجع اليه عين ماله ويبقى الفلس الآخر خاليا عن العوض وكذا لو باع فلسين باعيانهما بفلس بغير عينه لانه لو جاز لقبض المشتري الفلسين ودفع اليه احدهما مكان ما استوجب عليه فيبقى الآخر فضلا بلا عوض استحق بعقد البيع وهذا على تقدير ان رضي بتسليم المبيع قبل قبض الثمن والرابع ان يبيع فلسا بعينه بفلسين بعينهما فيجوز خلافا لمحمد واصله ان الفلس لا يتعين بالتعيين ما دام رائجا عند محمد وعندهما يتعين حتى لو هلك احدهما قبل القبض بطل العقد وجه قول محمد ان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كما لو كانا بغير عينهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان ثمنيتهما في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تثبت بالتعيين لصيرورتها عروضا اعترض عليه بان الفلوس اذا كسدت باصطلاح الكل لا يكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين فيجب ان لا تصير عروضا باصطلاح المتعاقدين مع اتفاق من سواهما على ثمنيتها اجيب بان الفلوس في الاصل عروض فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد كان على خلاف الاصل فلا يجوز ان يصير ثمنا باصطلاحهما لوقوع اصطلاحهما على خلاف الاصل وخلاف الناس واما اذا اصطلحا على كونها عروضا فهو على الاصل فيجوز وان كان من سواهما على الثمنية وقوله ولا يعود وزنيا وان صار عروضا جواب عما يقال يلزم ان لا يجوز بيع فلس بفلسين لانه بيع قطعة نحاس بقطعتين بغير وزن فاجاب بان الاصطلاح كان على امرين الثمنية والعددية واصطلاحهما على اهدار ثمنيتها لا يستلزم اهدار العددية فانه لا تلازم بين عدم الثمنية وعدم العددية بعد ثبوت الثمنية مع عدم العددية كالنقدين والعددية مع عدم الثمنية كالجوز والبيض بخلاف الدرهم بدرهمين لان النقود للثمنية خلقة بخلاف ما اذا كانا بغير عينهما لانه بيع الكالي بالكالي وقد نهي عنه ولا يخفى ضعف قوله لان الجنس بانفراده يحرم النساء وانما يتم لو كان كون المبيع او الثمن بغير عينه يستلزم النسيئة وليس كذلك الا ترى ان البيع بالنقود بيع بما ليس بمعين ويكون مع ذلك حالا فكونه بغير عينه ليس معناه نسيئة وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء والكالي بالكالي قال ابو عبيدة هو النسيئة بالنسيئة و

قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة رح متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما ولا يبالي بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة

وفي الفائق كلاء الدين بالرفع كالئ فهو كالئ اذا تاخر قال الشاعر وعينه كالكالي الضمان يجور رجلا يريد بعينه عطية الحاضرة كالمتاخر الذي لا يرجى ومنه كلاء الله بك ع اى كلاء العمر اى اكثر تاخيره اذ الكلاءات كلاء اى استنسأت نسيئة وحديث النهي عن الكالي بالكالي رواه ابن ابي شيبة واسحق بن راهويه والبزار في مسانيدهم من حديث موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رض قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يباع الكالي بالكالي وضعف احمد بن موسى بن عبيدة فقيل له ان شعبة يروي عنه فقال لو رأى شعبة ما رأينا منه لم يرو عنه ورواه عبد الرزاق عن ابراهيم بن ابي يحيى الاسلمي عن عبد الله بن دينار وضعف بالاسلمي ورواه الحاكم والدارقطني عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر وصححه الحاكم على شرط مسلم وغلطهما البيهقي وقال انما هو موسى بن عبيدة الربذي ورواه الطبراني من حديث رافع بن خديج في حديث طويل وعن كالي بكالي والحديث لا ينزل عن الحسن بلا شك **قوله** ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق اي دقيقها بوجه من الوجوه ولا بالسويق اي سويق الحنطة اما سويق الشعير فيجوز لان غاية ما يستلزم شبهة التفاضل وحقيقته جائزة لاختلاف الجنس فضلا عن شبهته وانما امتنع لان المجانسة بين الحنطة ودقيقها وان اختلفت اسما وصورة ومعنى موجودة فان المقصود من الحنطة من نحو الهريسة والمقلوة واخراج النشا منتف في الدقيق فهي باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة وانما لم يقل اجزاؤها لان من اجزائها النخالة ايضا فالحنطة كسرت على اجزاء صغار وذلك لا ينفي المجانسة والمعيار في كل من الحنطة والدقيق والسويق الكيل والكيل لا يوجب التسوية بينهما لان يعارض ذلك التكسير صارت اجزاؤها متكسرة فيه اي في الكيل اي ينضم انضماما شديدا والقمح بالكيل ليس كذلك فلا تتحقق المساواة بينهما كيلا بل هو محتمل فصار بيع احدهما بالآخر كيلا كبيع الجزاف لذلك الاحتمال او حرمة الربوا انما كانت منتهية بالعلم بالمساواة الا فيما لا اعتبار به مثل ان يتفق كيس في كيل هذه الحنطة لم يتفق قدره سواء في الاخرى فاذا لم يتحقق العلم بها صارت منتفية بالضرورة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل متساو وقولنا قول الشافعي في الاظهر عنه سفيان الثوري واحمد في رواية خلافا لمالك واحمد في اظهر قوليه لان الدقيق نفس الحنطة تفرقت اجزاؤها فاشبه بيع حنطة صغيرة جدا بكبيرة جدا وما ذكرناه من عروض الجهل بالمساواة بعروض الطحن يدفعه وبيع النخالة بالدقيق على هذا الخلاف الا ان الشافعي اجازه لان النخالة ليست من اموال الربوا لانها لا تطعم وقولنا المعيار في الحنطة والدقيق في الكيل لا يراد به الا فيما اذا بيع بجنسه اما بالدراهم فيجوز بيع الحنطة وزنا بالدراهم وكذا الدقيق وغير ذلك **قوله** ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا وهو قول احمد وكذا استقراضه كيلا والمسلم فيه كيلا ومنع الشافعي بيع الدقيق بالدقيق لانه لا يعتدل في الكيل لانه ينكبس بالكبس فلا يتحقق التساوي في الكيل ونحن نمنع كونه لا يعلم بل يعلم وما يتوهم من التفاوت بالكبس يتوهم مثله في كيل القمح وقد سقط اعتباره وفي الذخيرة عن الامام الفضلي انما يجوز اذا تساويا كيلا اذا كانا مكبوسين وهو حسن ولفظ متساويا نصب على الحال ونصب كيلا على التمييز وهو تمييز نسبة مثل تصبب عرقا والاصل متساويا كيله وفي بيع الدقيق بالدقيق وزنا روايتان وفي الخلاصة لم يذكر غيره رواية المنع قال في جنس آخر في الزرع والثمار وفيها ايضا سواء كان احد الدقيقين اخشن او ادق وكذا بيع النخالة بالنخالة وفي شرح ابي نصر يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا على صفة واحدة من النعومة والذي في الخلاصة احسن لاهدار ذلك القدر من زيادة النعومة وبيع الدقيق المنخول بغير المنخول لا يجوز الا مماثلا وبيع النخالة بالدقيق يجوز بطريق الاعتبار عند ابي يوسف بان كانت النخالة الخالصة اكثر من النخالة التي في الدقيق ثم قال المص وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز اي لا يجوز بيع الدقيق نوع من الحنطة او الشعير بسويق ذلك النوع عند ابي حنيفة متفاضلا ولا متساويا اما دقيق الحنطة بسويق الشعير وعكسه فلا شك في جوازه وعندهما يجوز بيع الدقيق بالسويق متساويا ومتفاضلا لانهما اي دقيق الحنطة وسويقها مثلا جنسان وان رجعا الى اصل واحد لاختلاف المقصود واختلاف كبير العدا المقلي والطحن

قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم فصار كالحل بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بخلاف تلك المسئلة لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير

فلان المقاصد من الدقيق مثل ان يتخذ خبزا وعصيدا واطرية وهو شبه الرشتا لا يتاتى من السويق كما ان ما يقصد بالسويق وهو ان يذاب مع عسل ويشرب او يلت بسمن وعسل ويوكل لا يتاتى من الدقيق واذا كانا جنسين جاز بيع احدهما بالآخر متساويا ومتفاضلا وابو حنيفة منع انهما جنسان وله طريقان احدهما ان بيع الحنطة المقلية بالحنطة الغير المقلية لا يجوز اتفاقا وذلك ليس الا لاعتبار اتحاد الجنسية وعدم العلم بالتساوي مع مساواة الكيل لاكتناز احدهما فيه دون الآخر والدقيق اجزاء غير المقلية والسويق اجزاء المقلية ولم يزد الدقيق في الحنطة الا تكسيرها بالطحن وكذا الآخر وذلك لا يوجب اختلاف الجنس بعد اتحاده والثاني وعليه اقتصر المصنف ان بيع الحنطة الغير المقلية بالسويق لا يجوز وكذا بيع الحنطة المقلية بالدقيق وليس ذلك الا لاستلزامه ربوا الفضل وربوا الفضل لا يثبت الا مع المجانسة وكانت المجانسة ثابتة بين السويق والحنطة والدقيق اجزاء الحنطة فتثبت المجانسة بين الدقيق والسويق ثم تمتنع العلم بالمساواة فيمتنع البيع مطلقا قولهم اختلف المقاصد وذلك اختلاف الجنس قلنا اعظم المقاصد فيه متحد فيه وهو التغذي فلا يبالي بفوات بعضها الذي هو دون المقصد الاعظم بدليل الحكم باتحاد الجنس في الحنطة المقلية وغير المقلية حتى امتنع بيع احدهما بالاخرى كما ذكرناه بسبب اتحادهما في ذلك المقصود الاعظم مع فوات ما دونه من المقاصد فان المقلية لا تصلح للزراعة ولا للهريسة ولا للطحن فيتخذ منها خبز وكذا العلكة اي الجيدة السالمة من السوس مع المسوسة ومع ذلك جعلا جنسا واحدا غير ان المسوسة يجوز بيعها بالعلكة كيلا متساويا والمقلية مع غير المقلية لا يجوز لما ذكرنا من ان الكيل لا يسوي بينهما واما بيع الحنطة المقلية بالمقلية فاختلفوا فيه قيل يجوز اذا تساويا كيلا وذكر في التحفة وقيل لا وعليه عول في المبسوط ووجهه ان النار قد تاخذ من احدهما اكثر من الآخر والاول اولى ومسوسة بكسر الواو وكانها هي سوست اي دخلت السوس فيها قوله ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة وابي يوسف سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان اولا مساويا لما في الحيوان او لا بشرط التعيين اما بالنسيئة فلا لامتناع السلم في الحيوان واللحم وفصل محمد فقال ان باعه بلحم غير جنسه كلحم البقر بالشاة الحية ولحم الجزور بالبقرة الحية يجوز كيفما كان من جنسه كلحم شاة بشاة حية فشرطه ان يكون اللحم المفرز اكثر من اللحم الذي في الشاة ليكون لحم الشاة بمقابلة مثله من اللحم وباقي اللحم بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك تحقق الربوا اما الزيادة السقط ان كان اللحم المفرز مثل ما في الحيوان من اللحم او لزيادة اللحم ان كان اللحم اقل مما في الشاة فصار كبيع الحل بالمهملة وهو دهن السمسم بالسمسم لا يجوز الا على ذلك الاعتبار والمراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلاق والجلد والاكارع ولو كانت الشاة مذبوحة مسلوخة جاز اذا تساويا وزنا بالاجماع والمراد بالمسلوخة المفصولة من السقط فان كانت بسقطها لا يجوز الا على الاعتبار ولو باع شاة مذبوحة بشاة حية يجوز عند الكل اما عندهما فظاهر لانه لو اشتراها باللحم جاز كيف ما كان فكذلك اذا اشتراها بشاة مذبوحة واما على قول محمد فانما يجوز لانه لحم بلحم وزيادة اللحم في احدهما مع سقطها بازاء السقط وعلى هذا شاتان مذبوحتان غير مسلوختين بشاة مذبوحة لم تسلخ يجوز لان اللحم بمثله وزيادة لحم الشاة بازاء الجلد ونحوه فالمراد هنا من المسلوخة وغيرها اعتبار الجلد وعدمه وقال مالك والشافعي واحمد رح لا يجوز بيع اللحم بالحيوان اصلا لا بطريق الاعتبار ولا بغيره خلافا للمزني من اصحاب الشافعي فانه قال كقول ابي حنيفة وابي يوسف ولو باعه بلحم غير جنسه كلحم البقر بشاة فقال مالك واحمد يجوز وللشافعي قولان والاصح لا يصح لعموم نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان ووجه قول ابي حنيفة وابي يوسف رح في الاطلاق انه باع موزونا بما ليس بموزون فغايته اتحاد الجنس كما قال محمد باعتبار ما في الضمن كالعصير مع العنب واللبن مع السمن لكن اتحاده مع اختلاف المقدورية انما يمنع النساء فقط بشرط التعيين و

قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام حين سئل عنه اوينقص اذا جف فقيل نعم فقال عليه السلام لا اذاً وله ان الرطب تمر لقوله عليه السلام حين اهدى اليه رطباً او كل تمر خيبر هكذا سماه تمراً وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو كان تمراً جاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر فبآخره وهو قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما رويناه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة

ولا يجوز النساء فيه وانما قلنا ان الحيوان ليس بموزون لانه لا يوزن عادة فليس فيه احد المقدرين الشرعيين الوزن او الكيل لان الحيوان لا يعرف قدر ثقله بالوزن لانه يثقل نفسه ويخففها فلا يدرى بخلاف الدهن والسمسم لان الوزن يعرف قدر الدهن اذا ميز من التجير ثم يوزن التجير هذا على التنزل والا فهما على ما قال غير المص يعتبر ان لحم الشاة مع الشاة الحية جنسين اخذاً من قوله تع فكسونا العظام لحماً ثم انشأناه خلقاً آخر اى بعد نفخ الروح فعلم ان الحي مع الجماد جنسان فيجوز بيع احدهما بالآخر من غير اعتبار وانما امتنع النساء لانه ح سلم وهو لا يجوز كما قدمناه واعلم ان السمع طاع في منع بيع اللحم بالحيوان ومعه ضعيف وقوي ومن القوي ما رواه مالك في الموطا. وابو داؤد في المراسيل عن زيد بن اسلم عن سعيد بن المسيب نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان وفي لفظ نهى عن بيع الحي بالميت ومرسل سعيد حجة بالاتفاق قال ابن خزيمة ثنا احمد بن حفص السلمي حدثني ابراهيم بن طهمان عن الحجاج بن حجاج عن قتادة عن الحسن عن سمرة نحوه قال البيهقي اسناده صحيح ومن اثبت سماع الحسن من سمرة عده موصولاً ومن لم يثبته فهو مرسل جيد وانت تعلم ان المرسل عندنا حجة مطلقاً واسند الشافعي الى رجل مجهول من اهل المدينة انه صلى الله عليه وسلم نهى ان يباع حي بميت واسند ايضاً عن ابي بكر الصديق رض انه نهى عن بيع اللحم بالحيوان وليسنده الى القاسم بن محمد وعروة بن الزبير وابي بكر بن عبد الرحمن انهم كرهوا ذلك وهؤلاء تابعون وحديث ابي بكر رض لعله بالمعنى فان مشائخنا ذكروه عن ابن عباس رض ان جزوراً نحر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء اعرابي بعناق فقال اعطوني بهذه العناق لحماً فقال ابو بكر رض لا يصلح هذا وتاوله على انه كان من ابل الصدقة نحر ليتصدق به **قوله** ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ومالك رح والشافعي رح واحمد رح لا يجوز فقد تفرد ابو حنيفة بالقول بالجواز واما الرطب بالرطب فيجوز عندنا كيلاً متماثلاً للجماعة قوله صلى الله عليه وسلم فيما روى مالك في الموطا عن عبد الله بن يزيد مولى الاسود بن سفيان عن زيد بن عياش عن سعد بن ابي وقاص انه سئل عن البيضاء بالسلت فقال سعد ايهما افضل قال البيضاء فنهاه عن ذلك وقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اينقص الرطب اذا جف قال نعم فنهاه عن ذلك فهذا حكم مبنيه فيه على علته وهو كونه ينقص في احد البدلين فيتاني الحال عن المساواة من طريق مالك رواه اصحاب السنن الاربعة وقال الترمذي حديث حسن صحيح ولابي حنيفة رح ان الرطب تمر لقوله صلى الله عليه وسلم حين اهدى له رطب اوكل تمر خيبر هكذا فسماه اى سمى الرطب تمراً وهذا انما يتم اذا كان المهدى رطباً وليس كذلك بل كان تمراً اخرج الشيخان في الصحيحين عن ابي سعيد الخدري وابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث اخا بني عدي الانصاري فاستعمله على خيبر فقدم بتمر جنيب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اكل تمر خيبر هكذا فقال لا والله يا رسول الله انا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين من الجمع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعلوا ولكن مثلاً بمثل او بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا وكذلك لفظ الميزان لفظ آخر انا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال لا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيباً والجمع اصناف مجموعة من التمر وما ادعاه بعض الخلافيين فيمن حلف لا ياكل تمراً فاكل رطباً انه يحنث فليس كذلك بل المذهب انه لا يحنث لان مبناها على العرف وسنذكر تمامه ثم قال المص ولانه ان كان تمراً هذا اللفظ يحكى عن ابي حنيفة انه دخل بغداد وكانوا اشداء عليه لمخالفة الخبر فسألوه فقال الرطب ما الى يكون تمراً او لم يكن فان كان تمراً جاز العقد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر وان لم يكن جاز لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فاورد عليه الحديث فقال هذا الحديث دائر على ابن عياش وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه وابدله المص بقوله ضعيف عند النقلة

قال وكذلك العنب بالزبيب يعني على هذا الخلاف والوجه ما بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا لأنه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو باليابسة أو التمر أو الزبيب المنقع بالمنقع منهما متماثلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز جميع ذلك لأنه يعتبر المساواة في أعدل الأحوال وهو المآل وأبو حنيفة رحمه الله يعتبره في الحال وكذا أبو يوسف رحمه الله عملا بإطلاق الحديث إلا أنه ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر لما رويناه لهما ووجه الفرق لمحمد رحمه الله بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب أن التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لأن البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لأنه ليس بتمر فإن هذا الاسم له من أول ما تنعقد صورته لا قبله والكفرى عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة

وغلط بعض الشارحين المص في قوله زيد بن عياش بأن المذكور في كتب الحديث زيد أبو عياش وتبع في ذلك الشيخ علاء الدين مغلطاي قال الإمام الزيلعي المخرج ليس ذلك بصحيح قال صاحب التنقيح زيد بن عياش أبو عياش الزرقي ويقال المخزومي ويقال مولى بني زهرة المدني ليس به بأس وغير مشائخنا ذكروا أن أبا حنيفة إنما قال هو مجهول وقد ردّ ترديده بين كونه تمرا ولا بأن بها قسما ثالثا وهو كونه من الجنس ولا يجوز بيعه بالآخر كالحنطة المقلية بغير المقلية لعدم تسوية الكيل بينهما وكذا الرطب بالتمر لا يسويهما الكيل وإنما يسوى في حال اعتدال البدلين وهو أن يجف الآخر وأبو حنيفة يمنعه ويعتبر التساوي حال العقد وعروض النقص بعد ذلك لا يمنع مع المساواة في الحال إذا كان موجبه أمرا خلقيا وهو زيادة الرطوبة بخلاف المقلية بغيرها فإنها في الحال يحكم بعدم التساوي لاكتناز أحدهما في الكيل بخلاف الآخر لتخلخل كثير وطعنه في أبي عياش أيضا بأنه ثقة كما نقلناه آنفا من قول صاحب التنقيح وأيضا روى عنه مالك في الموطأ وهو لا يروي عن رجل مجهول وقال المنذري كيف يكون مجهولا وقد روى عنه اثنان ثقتان عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان وعمران بن أبي أنس وهما ممن احتج بهما مسلم في صحيحه وقد عرفه أئمة هذا الشأن وقد أخرج حديثه مالك في الموطأ مع شدة تحريه في الرجال وقال ابن الجوزي في التحقيق قال الإمام أبو حنيفة زيد بن عياش مجهول وإن كان هو لم يعرفه فقد عرفه أئمة النقل ثم ذكر ما ذكرنا وقد أجيب أيضا أنه بتقدير صحة السند فالمراد النهي عنه نسيئة فإنه ثبت في حديث أبي عياش هذا زيادة نسيئة أخرجه أبو داود في سننه عن يحيى بن أبي كثير عن عبد الله بن يزيد أن أبا عياش أخبره أنه سمع سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه يقول نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الرطب بالتمر نسيئة وبهذا اللفظ رواه الحاكم وسكت عنه وكذا رواه الطحاوي في شرح الآثار ورواه الدارقطني وقال اجتماع هؤلاء الأربعة على خلاف ما رواه ابن أبي كثير يدل على ضبطهم للحديث يريد بالأربعة مالكا وإسماعيل بن أمية والضحاك بن عثمان وآخر وأنت تعلم أن بعد صحة هذه الزيادة يجب قبولها لأن المذهب المختار عند المحدثين قبول الزيادة وإن كان الأكثر لم يروها إلا في زيادة تفرد بها بعض الرواة الحاضرين في مجلس واحد ومثلهم لا يغفل عن مثلها فإنها مردودة على ما كتبناه في تحرير الأصول وما نحن فيه لم يثبت أنه زيادة لما في مجلس واحد اجتمعوا فيه فسمع هذا ما لم يسمع المشاركون له في ذلك المجلس بالسماع فما لم يظهر أن الحال كذلك فالأصل أنه قاله في مجالس وذكر في بعضها ما ترك في آخر والله الموفق لكن يبقى قوله في تلك الرواية الصحيحة أينقص الرطب إذا جف عريا عن الفائدة إذا كان النهي عنه نسيئة وما ذكروا أن فائدة أن الرطب ينقص إلى أن يحل الأجل فلا يكون في هذا التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند الجفاف فمنعه على طريق الإشفاق مبني على أن السائل كان ولي يتيم ولا دليل عليه **قوله** وكذلك العنب بالزبيب يعني على الخلاف عند أبي حنيفة يجوز بيع المتساوي كيلا وعندهما لا يجوز وقوله والوجه ما بيناه لهما يعني في منع بيع الرطب بالتمر وهو قوله صلى الله عليه وسلم أينقص إذا جف باعتبار اشتماله على العلة المبنية عليها ولأبي حنيفة أن الزبيب إما من جنس العنب فيجوز متساويا أو لا فيجوز مطلقا ونقل القدوري في التقريب عن أبي جعفر أن جواز بيع الزبيب بالعنب قولهم جميعا وذكر أبو الحسن أن عندهما لا يجوز إلا على الاعتبار وقال المص وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية فإنه لا يجوز البيع لأن القلي الكائن بصنع العباد لعدم اللطافة التي كانت الحنطة بها مثلية بخلاف التفاوت الحاصل بأصل الخلقة كالرطب مع التمر والعنب مع الزبيب لا يعتبر فهذا هو الأصل فصار في بيع العنب بالزبيب ثلاث روايات لا يجوز اتفاقا ويجوز اتفاقا في رواية أبي جعفر وهي على الخلاف في رواية الكتاب يجوز عنده وعندهما لا يجوز إلا على الاعتبار لأن الزبيب جعل في العنب فصار كالزيت بالزيتون والفرق لأبي حنيفة على رواية المنع بين المنع في العنب بالزبيب وجواز الرطب بالتمر أن الاستعمال ورد بإطلاق اسم التمر على الرطب ولم يرد مثل هذا في الزبيب فافترقا فأما الرطب بالرطب فيجوز متماثلا كيلا وكذا العنب بالعنب يجوز عندنا وبه قال مالك وأحمد والمزني خلافا للشافعي وكذا الخلاف في كل ثمرة لها حال جفاف كالتين والمشمش والجوز والكمثرى والرمان والإجاص لا يجوز بيع

قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير لان عند ذلك يعرى عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لان ما فيه لو كان اكثر او مساويا له فالثجير وبعض الدهن او الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربوا والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالاجماع

المبلولة بالمبلولة كما لا يجوز بيع رطبة بيابسة لانه لا يعرف قدر النقصان اذ قد يكون نقصان احدهما اكثر من الآخر وكذا الخلاف في الباقلاء الاخضر بمثله لان بين الباقلاء من قصار يتفاوت فيمنع تعديل الكيل فكان كبيع الحنطة المقلية بغير المقلية وبيع الحنطة المبلولة بالمبلولة والرطبة بالرطبة والمبلولة باليابسة يجوز وكذا بيع التمر المنقع في الماء والزبيب المنقع بالمنقع واليابس منهما يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد في الفصول كلها من بيع الحنطة المبلولة الى هنا والمنقع اسم مفعول من نقع الزبيب في الخابية فهو منقع واصله ان محمدا يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو المآل عند الجفاف كما اشار اليه حديث سعد وكونه ينتقص في المبلولة والرطبة مع مثلها او اليابسة اما بيع اليابسة فظاهر واما المبلولة مع المبلولة فالتفاوت يقع في قدر البلل قال الحلوانى الرواية محفوظة عن محمد ان بيع الحنطة المبلولة باليابسة انما لا يجوز اذا انتفخت اما اذا لم تنتفخ بل جففت من ساعتها يجوز بيعها باليابسة اذا تساويا كيلا وابو حنيفة وابو يوسف يعتبران المساواة في الحال عملا باطلاق الحديث اعني حديث عبادة بن الصامت وغيره الا ان ابا يوسف ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا من حديث سعد بن ابي وقاص وهو مخصوص من القياس فلا يلحق به الا ما كان في معناه والحنطة الرطبة ليست في معنى الرطب من كل وجه فالرطوبة في الرطب مقصودة وفي الحنطة عيب وفي المبسوط ذكر في بعض النسخ قول ابي يوسف رح مع ابي حنيفة رض وهو قول الآخر وقوله الاول كقول محمد وقد نقض بما تقدم من الاصل وهو ان التفاوت بصنع العباد معتبر في البيع وما اصل الخلقة لا والحنطة المبلولة فان الرطوبة الحاصلة فيها بصنع العباد فهي تحصل التفاوت مع انه جاز العقد واجيب بان الحنطة في اصل الخلقة رطبة وهي مال الربوا اذ ذاك والبلل بالماء يعيدها الى ما هو اصل الخلقة فيها فلم يعتبر بخلاف المقلي ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول من بيع الحنطة الى هنا حيث منعه وبين الرطب بالرطب حيث اجازه وكذلك العنب بالعنب فانه يجيزه وحاصله ان التفاوت ان ظهر مع بقاء الاسم على البدلين او احدهما افسد العقد وان ظهر بعد زوال الاسم عنهما لا يفسد ففي الرطب بالرطب والعنب بالعنب يظهر التفاوت بعد خروج البدلين عن الاسم الذي عقد عليه العقد فان الاسم صار التمر والزبيب فلا يكون تفاوتا في المعقود عليه وفي الحنطة المبلولة وما في معناه لا تتغير فيظهر في نفس المعقود عليه فيمتنع ولو باع البسر بالتمر متساويا يجوز ومتفاضلا لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى وهو بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصورا كم النخل وهو اول ما ينشق حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اي كيلان من التمر بكيل من الكفرى وقيله لانه ليس بتمر لان الكفرى لم ينعقد بعد فيه صورة التمر وهذا الاسم اعني التمر له من اول التقابل في صورته ما ينعقد صورته لا قبله وبهذا استدل بعضهم لابي حنيفة في بيع الرطب بالتمر فورد عليه انه لو حلف لا ياكل تمرا فاكل رطبا لا يحنث فكان غير تمر فاجاب بالمنع بل يحنث وليس بصحيح بل المسئلة مسطورة في الكتب المذهبية المشهورة بانه لا يحنث وكذا ادعى انه يحنث فيما اذا حلف لا ياكل تمرا فاكل البسر ولم يكن به حاجة الى هذا اذ يكفيه ان الايمان مبنية على العرف وكلامنا فيه لغة وهم بعد ذلك مطالبون بتصحيح ان اسم التمر يقع على الخارج من حين ينعقد الى ان يطيب ثم يجب من اللغة ولا ينكر صحة الاطلاق باعتبار مجاز الاول وقوله والكفرى عددي متفاوت الخ جواب سوال وهو انه اذا لم يكن الكفرى تمرا ينبغي ان يجوز اسلام التمر فيه وشراء التمر نسيئة فقال الكفرى عددي متفاوت بالكبر والصغر تفاوتا غير مهدر فلا يجوز اسلامه فيه ولا ان يشترى بنسيئة بالجهالة فتقع المنازعة **قوله** ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج معلوم انه اكثر مما في الزيتون والسمسم لو جهل او علم انه اقل او مساو لا يجوز فالاحتمالات اربع والجواز في احدها بانه اذا كان اكثر كان الخارج منه بمثله من الدهن المفرد والزائد منه بمقابلة الثجير في فتاوى قاضي خان انما يشترط ان يكون الخالص اكثر اذا كان الثفل في البدل الآخر شيئا له قيمة اما اذا كان لا قيمة له كما في الزبد بعد اخراج السمن منه فيجوز مع مساواة الخارج للسمن المفرد يروى ذلك عن ابي حنيفة وقال زفر يجوز مع عدم العلم لانه متردد بين الفساد والصحة

قال ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الابل والبقر والغنم فاما البقر والجواميس جنس واحد وكذا المعز مع الضأن وكذا العراب مع البخاتي **قال** وكذلك البان البقر والغنم وعن الشافعي رحمه الله لا يجوز لانها جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب احدهما بالآخر في الزكوة فكذا اجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة **قال** وكذا خل الدقل بخل العنب للاختلاف بين اصليهما فكذا بين مائيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد **قال** وكذا شحم البطن بالالية او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا

فلا يثبت الفساد بالشك والاصل الصحة وقلنا الفساد غالب لانه على تقدير النقصان والمساواة الصحة على تقدير الاكثرية فكان هو الظاهر فوجب الحكم به وعند الشافعي لا يجوز هذا البيع اصلا لعدم العلم بالتفاضل وقت العقد واعلم ان المجانسة تكون باعتبار ما في الضمن فيمتنع النسيئة كما في المجانسة العينية وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج مع السمسم وتنتفي باعتبار ما اضيف اليه فتختلف الجنس مع اتحاد الاصل حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد اصلهما واحد وهو الزيت او الشيرج فصارا جنسين باختلاف ما اضيف اليه من الورد والبنفسج نظرا الى اختلاف المقصود والغرض ولم يبال باتحاد الاصل وعلى هذا دهن الزهر في ديارنا ودهن البان اصلهما اللوز يطبق بالزهر وبالبان مدة ثم يعصر اللوز فيخرج منه دهن مختلف الرائحة فيجوز بيع احد الدهنين بالآخر متفاضلا وعلى هذا لو ضم الى الاصل ما يطيبه دون الآخر جاز متفاضلا حتى اجاز بيع قفيز سمسم مطيب بقفيزين غير مربى وعلى هذا يجوز بيع رطل لوز مطبق برطلي لوز غير مطبق وكذا يجوز بيع رطل دهن لوز مطبق بزهر النارنج برطلي دهن اللوز الخالص وكذا رطل زيت مطيب برطلين من زيت لم يطيب فجعلوا الرائحة التي فيها بازاء الزيادة على الرطل خلافا للشافعي فانه لا يجوز ذلك المطيب وغيره الا مثلا بمثل والله اعلم وانه ينبغي ان يجوز بيع السمسم بدهنه باي وجه كان لان الدهن وزني والسمسم كيلي اجيب بانه لما كان المقصود من السمسم ما في ضمنه من الدهن فكان بيع الجنس بالجنس فان قيل فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفا لكل من دهنه وتجيره الى خلاف جنسه اجيب بان الصرف يكون عند الانفصال صورة كمسئلة الاكرار ولا صورة هنا منفصلة قوله والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار يعني ان كان الدهن المفرد والسمن والدبس اكثر مما يخرج من الجوز واللبن والتمر جاز وقد علمت تقييده بما اذا كان الثفل له قيمة واظن ان لا قيمة لثفل الجوز الا ان يكون بيع بقشره فيؤخذ وكذا العنب لا قيمة لثفله فلا تشترط زيادة العصير على ما يخرج والله اعلم واختلفوا في القطن بغزله فبعضهم لا يجوز متساويا لان القطن ينقص بالغزل فهو كالحنطة مع الدقيق وقال بعضهم يجوز وفي فتاوى قاضي خان لا يجوز الا متساويا لان اصلهما واحد وكلاهما موزون وان خرجا عن الوزن جاز متفاضلا وبيع الغزل بالثوب او القطن بالثوب جائز على كل حال وقال المص بالاجماع وعن محمد ان بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا وعنه انه لا يجوز مطلقا وهكذا عن ابي حنيفة ايضا ثم ذكر انه لا باس ببيع المحلوج بالقطن والغزل بالقطن اذا كان يعلم ان الخالص اكثر مما في الآخر وهذا في المحلوج مع القطن ظاهر لان الفاضل حب القطن وهو ما ينتفع به وقد يعلف لبعض الدواب واما في الغزل فكانه يكون الفاضل من القطن المفرد بازاء صنعة الغزل فنقل الاجماع انما هو باعتبار الاقوال المعول عليها دون الروايات **قوله** ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الابل والبقر والغنم لانها اجناس مختلفة لاختلاف اصولها ولم يحدث في الجنس الواحد منها ما يوجب تصييره جنسين اما البقر والجواميس فجنس واحد لا يجوز بيع لحم البقر بلحم الجاموس متفاضلا وكذا المعز والضأن والعراب والبخاتي لا يجوز بيع شئ مع الآخر متفاضلا لاتحاد الجنس وانما جاز بيع لحم الجنس الواحد من الطيور كالسمان مثلا والعصافير متفاضلا لانه ليس بمال الربوا اذ لا يوزن لحم الطير ولا يكال وينبغي ان يستثنى من لحوم الطير الدجاج والاوز لانه يوزن في عادة ديار مصر بعظمه وقوله ومراده الخ يحترز به عن قول مالك فان عنده اللحوم كلها ثلاثة اجناس الطيور جنس والدواب اهليها ووحشيها جنس واحد والبحريات وكذا البان البقر والغنم يجوز متفاضلا لما ذكرنا من اختلاف الجنس باختلاف الاصلين وعن الشافعي ان اللحوم والالبان جنس واحد لاتحاد المقصود من الاكل وهو التغذي وهذا قول الشافعي غير المختار والصحيح من قوله انه مثل قولنا ودفع هذا القول بان اصولها مختلفة الاجناس وكذا اجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة فانها

قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا لان الخبز صار عدديا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا خير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا نقدين وان كانت الحنطة نسيئة جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة يجوز عند ابي يوسف رحمه الله وعليه الفتوى وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عددا او وزنا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر وعند محمد رحمه الله يجوز بهما للتعامل وعند ابي يوسف رحمه الله يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده

تعدد اجناسا ولهذا جاز بيع الخبز الدقيق والسويق متفاضلا ويجوز بيع خل دقل بخل عنب متفاضلا وكذا عصيرهما لاختلاف اصلهما جنسا وتخصيص خل الدقل وهو ردي التمر باعتبار العادة لان الدقل هو الذي كان في العادة يتخذ خلا واما شعر المعز وصوف الغنم فجنسان لاختلاف المقاصد بخلاف لحمهما ولبنهما جعل جنسا واحدا كما ذكرنا لاتحاد الجنس مع عدم الاختلاف فانما المقصد بالشعر من الآلات غير المقصد بالصوف فصار ما يوجب اختلاف الامور المتنوعة ثلاثة اشياء اختلاف الاصول واختلاف المقاصد وزيادة الصنعة فان قيل بالنظر الى اتحاد الاصل في الصوف والشعر لا يجوز بيعهما متفاضلا وبالنظر الى المقاصد اختلف فيجوز متفاضلا فينبغي ان لا يجوز متفاضلا تغليبا للحرمة فالجواب ان ذلك عند تعارض دليلها وتساويهما فيرجح المحرم وهنا ليس كذلك فانه لا تقاوم الصورة المعنى والزم على تغليب جانب المعنى كون لبن البقر والغنم والابل جنسا واحدا لاتحاد المقصود واجيب بمنع اتحاده فان لبن البقر يقصد للسمن ولبن الابل لا يتأتى منه ذلك وكذا اغراض الاكل تتفاوت فان بعض الناس لا يطيب له البقر ويتضرر به دون الضأن وكذا في الابل من الاختلاف بالصنعة ما قدمنا من جواز بيع اناء صفر او حديد احدهما اثقل من الآخر وكذا القمقمة بقمقمتين وابرة بابرتين وكذا سيف بسيفين ودواة بدواتين ما لم يكن شيء من ذلك من احد النقدين فيمتنع التفاضل وان اصطلحوا بعد الصياغة على ترك الوزن والاقتصار على العدد والصورة ويجوز بيع شحم البطن بالالية او باللحم واللحم بالالية متفاضلا لانها اجناس لاختلاف الصور والاقتصار والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا واما شحم الجنب فنحوه فتابع للحم وهو مع شحم البطن والالية جنسان وكل ذلك لا يجوز نسيئة لان الوزن يجمعها واما الرؤس والاكارع والجلود فيجوز يدا بيد كيف ما كان لا نسيئة لانه لم ينضبط بالوصف حتى ان السلم فيه لا يجوز **قوله** ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا يدا بيد قيل وهو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة لان الخبز صار اما عدديا في عرف او وزنيا في عرف آخر فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة فيفرض كون الجنسية جمعتهما اختلف المقدار فجاز التفاضل والدقيق اما كيلي فكذلك او وزني على ما عليه عرف بلادنا ومن جعله وزنيا له ثبت الجنسية بينه وبين الخبز فيجوز التفاضل ايضا وروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا خير فيه وهذه العبارة لنفي الجواز بطريق التاكيد وللكثرة في النفي وبهذا القول قال الشافعي واحمد لشبهة المجانسة اذ في الخبز اجزاء الدقيق وان الدقيق بعرض ان يصير خبزا فتشترط المساواة ولا يدري ذلك والفتوى على الاول وهو الجواز وهو اختيار المتأخرين المتحدين عددا او وزنا كيف ما اصطلحوا عليه وهذا اذا كانا نقدين فاما بيعهما نسيئة فان كانت الحنطة نسيئة او الدقيق بان اسلم الخبز فيهما فدفعه نقدا جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة بان اسلم حنطة او دقيقا في خبز لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا يوقف على حده فانه يتفاوت في الصنعة عجنا وخبزا وكذا عند محمد لانه يتخذ منه ويكون منه الثقيل والخفيف ويجوز عند ابي يوسف لانه وزني او يجوز بشرط الوزن الا ان العرف فيه العدد والنضج وحسن العجن صفات مضبوطة نوعها وخصوص ذلك القدر بعينه من العجن والنار مهدر واختاره المشايخ للفتوى اذا اتى بشرائطه لحاجة الناس لكن يجب ان يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي حتى لا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل قبضه اذ قبض يجوز اما هو دون ما سمي صنعة واذا كان كذلك فالاحتياط في منعه لانه قلما يقع الاخذ من النوع المسمى خصوصا من يقبض المسلم فيه في ايام متعددة كل يوم كذا كذا رغيفا فقل ان لا يصير مستبدلا ولا خير في استقراض الخبز عند ابي حنيفة رحمه الله عددا او وزنا لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور باعتبار كونه جديدا او عتيقا والتقديم في التنور والتأخير حتى يتفاوت جودة خبزه بذلك واذا منع ابو حنيفة رحمه الله السلم فيه وباب السلم حتى جاز في الثياب ولا يجوز استقراضها فهو لا يستقراضه امنع وعند محمد رحمه الله يجوز بهما اي عددا او وزنا للتعامل بين الجيران بذلك والحاجة قد تدعو الى ذلك بين الجيران وعند ابي يوسف يجوز وزنا لا عددا للتفاوت في آحاده

قال: ولا ربا بين المولى وعبده لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربا وهذا إذا كان مأذونا له ولم يكن عليه دين وإن كان عليه دين لا يجوز لأنه ليس ملك المولى عند أبي حنيفة فصار كالأجنبي فيتحقق الربا وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالأجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه. قال: ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لأبي يوسف والشافعي رحمهما الله لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ولنا قوله عليه السلام لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولأن مالهم مباح في دارهم فبأي طريق أخذه المسلم أخذ مالا مباحا إذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لأن ماله صار محظورا بعقد الأمان

باب الحقوق

ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الأعلى إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه، ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن له الأعلى، ومن اشترى دارا بحدودها فله العلو والكنيف، جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لأنه اسم لما أدير عليه الحدود والعلو من توابع الأصل وأجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه إلا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لأنه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور إذ لا يكون فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لأن كل مسكن يسمى بالفارسية خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لأنه من توابعه ولا يدخل الظلة إلا بذكر ما ذكرنا عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه مبني على هواء الطريق فأخذ حكمه وعندهما إن كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لأنه من توابعه فشابه الكنيف

ومحمد يقول قد اهدر الجيد ان تفاوته وبينهم يكون اقتراضه غالبا والقياس يترك بالتعامل جعل المتأخرون الفتوى على قول ابي يوسف وانا ارى ان قول محمد احسن قوله ولا ربوا بين المولى وعبده اي المأذون غير المديون لانه وما في يده لمولاه ولا يتحقق الربوا لعدم تحقق البيع وكذا المدبر وام الولد فان كان عليه دين لا يجوز اي البيع بطريق الربوا اما عند ابي حنيفة فلعدم ملكه لما في يد عبده المأذون المديون فهو اجنبي عنه فتحقق الربوا بينهما وعندهما وان لم يزل ملكه عما في يده لكن تعلق بما في يده حق الغرماء فصار المولى كالاجنبي عنه فتحقق الربوا بينهما كما تحقق بينه وبين مكاتبه وفي المبسوط ذكر انه لا يتحقق الربوا بينهما مطلقا ولكن على المولى ان يرد ما اخذه على العبد لان كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كما لو اخذه لا بجهة البيع سواء كان اشترى منه درهما بدرهمين ولا بخلاف المكاتب لانه صار كالحر يدا وتصرفا في كسبه فيجري الربوا بينهما قوله ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي ومالك واحمد وعلى هذا الخلاف الربوا بين المسلم الاصلي والمسلم الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا فلو باع مسلم دخل اليهم مستأمنا درهما بدرهمين او كذا اذا باع منهم ميتة او خنزيرا او قامرهم واخذ المال يحل كل ذلك عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف ومن ذكرنا لهم اطلاق النصوص فانها لم تقيد المنع بمكان دون مكان والقياس على المستأمن منهم في دارنا فان الربوا يجري بين المسلمين وبينه وكذا الداخل منا اليهم بامان ولابي حنيفة ومحمد ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب وهذا الحديث غريب ونقل ما روى مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ذلك قال الشافعي قال ابو يوسف انما قال ابو حنيفة هذا لان بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا ربوا بين اهل الحرب اظنه قال واهل الاسلام قال الشافعي وهذا الحديث ليس بثابت ولا حجة فيه اسنده عنه البيهقي قال في المبسوط هذا مرسل ومكحول ثقة والمرسل من مثله مقبول ولان ابا بكر قبل الهجرة حين انزل الله الم غلبت الروم الآية قال له قريش ترون ان الروم تغلب قال نعم فقال هل لك ان تخاطرنا فخاطرهم فاخبر النبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذهب اليهم فزد في الخطر ففعل وغلبت الروم فارسا فاخذ ابو بكر خطره فاجازه النبي صلى الله عليه وسلم وهو القمار بعينه بين ابي بكر ومشركي مكة وكانت مكة دار شرك ولان مالهم مباح واطلاق النصوص في مال محظور وانما يحرم على المسلم اذا كان بطريق الغدر فاذا لم ياخذ غدرا فباي طريق ياخذه حل بعد كونه برضى بخلاف المستأمن منهم عندنا لان ماله صار محظورا بالامان فاذا اخذه بغير الطريق المشروعة يكون غدرا وبخلاف الزنا ان قيس عليه الربوا لان البضع لا يستباح بالاباحة بل بالطريق الخاص اما المال فيباح بطيب النفس واباحته وهذا لا يفيد لمعارضته اطلاق النصوص الا بعد ثبوت حجية حديث مكحول وقد يقال المسلم حجته فالزيادة بخبر الواحد لا يجوز فاثبات قيد زائد على المطلق من نحو لا تاكلوا الربوا ونحوه هو الزيادة لا يجوز ويدفع بالقطع بان المطلقات مراد بها المال المحظور بحق مالكه ومال الحربي ليس بمحظور الا لتوقي الغدر فجاز فهذا التقرير في التحقيق يقتضي انه لو لم يرد خبر مكحول جازه النظر المذكور اعني كون ماله مباحا الا العارض لزوم الغدر الا انه لا يخفى انه انما يقتضي حل مباشرة العقد اذا كان الزيادة ينالها المسلم والربوا اعم من ذلك اذ يشمل ما اذا كان الدرهمان من جهة المسلم ومن جهة الكافر وجواب المسئلة بالحل عام في الوجهين وكذا القمار قد يفضي الى ان يكون مال الخطر للكافر بان يكون الغلب له فالظاهر ان الاباحة تفيد نيل المسلم الزيادة وقد التزم الاصحاب في الدرس ان مرادهم من حل الربوا والقمار ما اذا حصلت الزيادة للمسلم نظرا الى العلة وان كان اطلاق الجواب خلافه والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

باب الحقوق محل هذا الباب عقيب كتاب البيوع قبل الخيار قوله ومن اشترى منزلا فوقه منزل حاصل ما هنا ان الاسماء ثلاثة البيت والمنزل والدار فالبيت اصغرها وهو اسم لمسقف واحد جعل ليبات فيه فمنهم من يقتصر على هذا ومنهم من يزيد له دهليز او الجواب

قال ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع ولا يتحقق الا به اذ المستاجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستاجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة

ان علوه لا يدخل في بيعه يعني اذا باع البيت لا يدخل العلو وان قال بكل حق هو له او كل قليل وكثير ما لم يذكر اسم العلو صريحا لان العلو مثله في انه مسقف يبات فيه والشيء لا يستتبع مثله بل ما هو دونه فيه واورد المستعير له ان يعير ما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب له ان يكاتب عبده فاجيب بان ذلك ليس لا بطريق الاستتباع بل لما ملك المستعير المنفعة بغير بدل كان له ان يملك ما ملك كذلك والمكاتب بعقد الكتابة لما صار احق بمكاسبه كان له ذلك لان كتابة عبده من اكسابه والمنزل فوق البيت ودون الدار وهو اسم لمكان يشتمل على بيتين او ثلاثة ينزل فيها ليلا ونهارا وله مطبخ وموضع قضاء الحاجة فيتاتي فيه السكنى بالعيال مع ضرب قصور اذ ليس له صحن غير مسقف ولا اصطبل للدواب فلكون البيت دونه صلح ان يستتبعه فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع غير متوقف على التنصيص عليه باسمه الخاص وهو ان يشتريه بكل قليل وكثير هو له فيه او منه او بكل حق له او بمرافقه ولشبهه بالبيت لا يدخل بلا ذكر زيادة والدار اسم لساحة ادير عليها الحدود وتشتمل على بيوت واصطبل وصحن غير مسقف وعلو فيجمع فيها بين الصحراء للاستراوح ومنافع الابنية للاسكان ولا فرق بين كون الابنية بالتراب والماء او بالخيام والقباب والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه بلا ذكر زيادة على شراء الدار وكذا يدخل الكنيف الشارع والكنيف هو المستراح اما الظلة وهي الساباط الذي يكون احد طرفيه على الدار والآخر على دار اخرى او على اسطوانات في السكة ومفتحها من الدار المبيعة فعند ابي حنيفة رح لا يدخل في بيع الدار ما لم يقل ما ذكرنا من قوله بكل حق هو لها او بمرافقها او بكل قليل وكثير هو فيها او منها لانه اي الظلة بتاويل الساباط مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل بلا ذكر زيادة ولان مفتحها اذا كان في الدار كانت تبعا للدار كالكنيف الشارع قالوا هذا في عرفهم اي عرف اهل الكوفة اما في عرفنا فيدخل العلو من غير ذكر في الصور كلها سواء كان المبيع بيتا فوقه علو او منزلا كذلك لانه كل مسكن يسمى خانة في بلاد العجم وله علو كان صغيرا كالبيت وغيره الا دار السلطان تسمى سراي **قوله** ومن اشترى بيتا في دار او منزلا فيها او مسكنا فيها لم يكن له الطريق في هذه الدار الى ذلك المشتري الا ان يشتريه بكل حق او بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكرها وفي المحيط المراد الطريق الخاص في ملك انسان فاما طريقها الى سكة غير نافذة الى طريق العام فيدخل وكذا ما كان له من حق تسييل الماء والقاء الثلج في ملك انسان خاصة قال فخر الاسلام اذا كان طريق الدار المبيعة او مسيل مائها في دار اخرى لا يدخل في غير ذكر الحقوق لانه ليس من هذه الدار فلا يدخل الا بذكر الحقوق الا ان تعليله بقوله لانه ليس في هذه الدار يقتضي ان الطريق الذي في هذه الدار يدخل وهو خير ما في الكتاب فالحق ان كلا منهما لا يدخل لانه وان كان في هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار انما اشترى شيئا معينا منها فلا يدخل ملك البائع او ملك الاجنبي الا بذكره ثم قال فان قال البائع ليس للدار المبيعة طريق في دار اخرى فالمشتري لا يستحق الطريق بغير حجة ولكن له ان يردها بالعيب وكذلك لو كانت له جذوع دار اخرى على الدار المبيعة فان كانت تلك الدار للبائع يؤمر برفعها وان كانت لغيره كانت بمنزلة العيب وكذا لو ظهر في الدار المبيعة طريق لدار اخرى سيرا او مسيل ماء فان كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له في الدار المبيعة لانه باعها من غير استثناء وان كانت لغير البائع كان بمنزلة العيب **قوله** بخلاف الاجارة متصل بقوله لم يكن له الطريق يعني في الاجارة يدخل الطريق والشرب والمسيل لان المقصود منها الانتفاع فلا انتفاع بغير دخول هذه الاشياء والبيع ليس كذلك فان المقصود في الاصل منه ملك الرقبة لا الانتفاع بعينها عينا بل ما ذلك او يستتجر فيها او يأخذ نقضها فلم يتعين فائدة المبيع فلا يلزم ولهذا جاز بيع الجحش كما ولد وان لم ينتفع به في الحال وكذا الارض السبخة ولا تصح اجارة ذلك في الكافي ولهذا لو استاجر علوا واستثنى الطريق فسدت الاجارة بخلاف ما لو اشترى علوا او استثنى الطريق ولو استحق العلو ثم اجيز البيع صح لان انتقاضه بالاستحقاق لا يوجب انفساخ البيع الماضي في الظاهر الرواية ولا شيء لصاحب ساحة العلو من الثمن لانه بمقابلة المبيع والمبيع البناء لا الساحة لان حقه في الهواء فان قيل ما ذكرتم يشكل بالقسمة في دار بين رجلين فيها صفة فيها بيت وبابه في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقتسما فاصاب الصفة احدهما قطعة من الساحة ولم يذكروا طريقا ولا مسيلا وصاحب البيت لا يستطيع ان يفتح بابه فيما اصابه من الساحة ولا يقدر ان يسيل ماءه من ذلك فالقسمة فاسدة فعلى

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فإنه يأخذها وولدها وإن أقر بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق أن البينة حجة مطلقة فإنها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الأصل والولد كان متصلا بها فيكون له أما الإقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الإخبار وقد اندفعت بإثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالأم تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد وإليه تشير المسائل فإن القاضي إذا لم يعلم بالزوائد قال محمد رحمه الله لا تدخل الزوائد في الحكم كذا الولد إذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالأم تبعا

قياس ما ذكرتم في الإجارة ينبغي أن يدخل الطريق والمسيل وإن لم يذكر الحقوق تحريا للجواز كما فعلتم تحريا لجواز الإجارة وأجيب بأن الفرق بينهما لأن موضع الشرب ليس مما تناولته الإجارة وإنما يتوسل به للانتفاع والأجر إنما يستوجب الأجر إذا تمكن المستأجر من الانتفاع ففي إدخال الشرب توفير المنفعة عليهما هذا بالأجرة وهذا بالانتفاع أما ههنا فموضع الطريق والمسيل داخل في القسمة لأنهما كانا داخلين في الملك المشترك فموجب القسمة اختصاص كل منهما بما في نصيبه فلو أثبتنا لأحدهما حقا في نصيب الآخر تضرر به الآخر ولا يجوز الإضرار دون رضاه وإنما دليل الرضا اشتراط الحقوق والمرافق واعلم أنه إذا ذكر الحقوق في البيع وهو بحيث يمكنه إحداث طريق فيما اشتراه وتسييل مائه فيه لم يلزمه ذلك له الطريق والمسيل وفي القسمة إذا ذكر الحقوق وأمكنه الطريق والتسييل فيما أصابه ليس له ذلك بل يتطرق ويسيل فيما أصابه فطولب بالفرق والفرق أن البيع إيجاب الملك من العدم لقصد الانتفاع به وإن لم يلزم فيه ذلك فاشتراطه يتم مطلقا والمقصود بالقسمة تمييز الملك الثابت لهما لكل منهما ينتفع به على الخصوص بحيث لا يشركه فيه أحد إذ لو لم يرد ذلك الخصوص لم يكن حاجة إلى القسمة وإنما يتم هذا إذا لم يدخل الطريق والمسيل فلا يدخلان إلا برضى صريح ولا يكفي فيه ذكر الحقوق والمرافق والله أعلم

باب الاستحقاق حق هذا الباب أن يذكر بعد تمام أبواب البيع لأنه ظهور عدم الصحة بعد التمام ظاهر ولكن لما ناسب الحقوق لفظا ومعنى ذكر عقيبه **قوله** ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل فإن كان ببينة استحق ولدها معها وأرشها إن كان وإن كان بإقرار المشتري له بها لا يستحق الولد وذلك ووجه الفرق أن البينة حجة مطلقة أي ثابتة في حق جميع الناس غير مقتصرة على المقضي عليه فإنها كاسمها مبينة لما كان ثابتا في نفس الأمر قبل الشهادة به لأن الشهود لا يتمكنون من إثبات ملك في الحال لم يكن ثابتا في الأصل ولا القاضي وإنما تظهر البينة ما كان ثابتا قبله قبلية لا تقف عند حد معين ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض فيما إذا اشترى واحد من آخر واشترى من الآخر آخر وهكذا ثم ظهر الاستحقاق بالبينة لأنه يثبت القضاء على الكل ولا تسمع دعوى أحدهم أنه ملكه لأن الكل صاروا مقضيا عليهم بالقضاء على المشتري الأخير كما لو ادعت في يد الأخير أنها حرة الأصل حيث يرجعون فالولد كان متصلا بها في الزمان الذي يستحب عليه إظهار البينة الملك فيكون له أما الإقرار فحجة قاصرة على المقر حتى لا يتعدى إلى غيره لأنه لا ولاية له على غيره ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن في الاستحقاق بالإقرار وإنما جعل حجة لضرورة تصحيح خبره وذلك يحصل بإثباته في الحال والولد في الحال منفصل عنها والإقرار إنما هو بها فقط فلا يتعدى إليه وهذا التوجيه يقتضي أنه لو ادعاه المقر له لا يكون له وذكر التمرتاشي فإن لم يكن له إذا لم يدعه فلو ادعاه كان له لأن الظاهر أنه له هو الولد وإذا قلنا إن الولد للمستحق بالبينة فقضى القاضي بالأم هل يدخل في القضاء فيصير هو أيضا مقضيا به قيل نعم تبعا لأن ثبوت استحقاقه تبعا وقيل لا بل يشترط القضاء بالولد أيضا لأنه أصل يوم القضاء لانفصاله واستقلاله ولا بد من الحكم به وهو الأصح من المذهب قال المصنف وإليه تشير المسائل التي ذكرها محمد فإن محمدا قال إذا قضى القاضي بالأصل ولم يعلم بالزوائد لا تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا إذا كانت الزوائد في يد غائب لم تدخل فحيث لم تدخل القضاء على الغائب في ضمن القضاء على الحاضر وهو أمر جائز عرف أنه يشترط القضاء بالولد بخصوصه ثم ذكر في النهاية أن القضاء باستحقاق المبيع على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي بينه وبين البائع ولكن يوجب توقفه على إجازة المستحق وتبعه الجماعة فاعترضه شارح بأن غايته في الباب أن يكون بيع فضولي يعني بائع المشتري الذي قضي عليه بالاستحقاق وفيه إذا وجد عدم الرضا ينفسخ العقد وإثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا يعني الموقوف ينفسخ لا يلحقه الإجازة فاستوضح بما في الفتاوى الصغرى اشترى شيئا ثم استحق من يده ثم وصل إلى المشتري يوما لا يؤمر بالتسليم إلى

قال ومن اشترى عبداً فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد له فان كان البائع حاضراً او غائباً غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وان كان البائع لا يدرى اين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع وان ارتهن عبداً مقراً بالعبودية فوجده حراً لم يرجع عليه على كل حال وعن ابي يوسف رح انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذباً فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال العبد ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمداً على امره واقراره اني عبد اذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامناً للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعاً للغرر والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضماناً للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضماناً للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسئلتنا قول المولى بايعوا عبدي هذا فاني قد اذنت له ثم ظهر الاستحقاق يرجعون عليه بقيمته ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رح لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل ان كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة **قال** ومن ادعى

البائع لانه وان جعل مقراً بالملك للبائع لكن تقتضي الشراء وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق فينفسخ الاقرار ثم قال لا جرم لو اشترى عبداً واقر ايضاً

متن: انه ملك البائع ثم استحق في يد المشتري ورجع بالثمن على البائع ثم وصل اليه يوماً يومر بالتسليم الى البائع لان اقراره بالملك له لم يبطل نقله عن شرح

قسمة خواهر زاده انتهى وما ذكره صاحب النهاية هو المنصور وقوله اثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا ان اراد دليل عدم الرضى بالبيع فليس بلازم لا يجوز ان يكون

دليل عدم الرضا بان يذهب من يده مجاناً وذلك لانه لو لم يدع الاستحقاق وثبته استمر في يد المشتري من غير ان يحصل له عينه ولا بدله فاثباته ليحصل احدهما

اما العين او البدل بان يجيز ذلك البيع ويحصل الثمن اليه فظهر ان اثبات الاستحقاق ليس بملزوم لعدم الرضا بالبيع بل المحقق انه ملزوم لعدم الرضا بذهابه وذهاب

بدله عنه واما استوضح به من الفتاوى الصغرى فليس بمفيد له لان المذكور فيها استحق من يده ثم وصل اليه ومعنى هذا انه اخذ عينه من يد المشتري ثم وصل اليه لا شك

انه اذا اتصل باثبات الاستحقاق اخذ المستحق للعبد بعينه فلا بد ان يرجع المشتري بالثمن ممن هو في يده فقد ظهر منه عدم الرضى بالبيع ما لم يأخذ اجازة فاين هذا ممن هو مجرد اثبات الاستحقاق

والقضاء به حتى ظهر ملكه فيه الله سبحانه هو الفتاح الجواد ولا اله غيره ولا نرجوه الا خيره وفي الذخيرة مما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق ان استحقاق المبيع يوجب توقف العقد

السابق على اجازة المستحق ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى واعلم ان المنقول في ان البيع متى ينفسخ اقوال قيل اذا قبض المستحق وقيل ينفسخ بالقضاء والصحيح انه لا ينفسخ ما لم يرجع

المشتري على بائعه بالثمن حتى لو اجاز المستحق بعد ما قضى له او بعد ما قبضه قبل ان يرجع المشتري على بائعه يصح وقال شمس الائمة الحلواني الصحيح من مذهب اصحابنا ان القضاء للمستحق

لا يكون فسخاً للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء وفي الزيادات روى عن ابي حنيفة انه لا ينتقض ما لم يأخذ العين بحكم القاضي وفي ظاهر الرواية لا ينفسخ ما لم يفسخ وهو الاصح انتهى وفي

هذا ان يتراضيا على الفسخ لانه ذكر فيها ايضاً اذا استحق المشتري واراد المشتري نقض البيع من غير قضاء ولا رضى البائع ليس له ذلك لان احتمال اقامة

البينة على النتاج من البائع او على تلقي الملك من المستحق ثابت الا اذا قضى القاضي فيلزم العجز فينفسخ انتهى يعني يلزم العجز عن اثبات ذلك

او المراد ان يفسخ المستحق فانه هو المالك نعم لا شك في انه لو فرض اتفاق عدم رجوع المشتري بعد ان قضى للمستحق واخذ المبيع واستمر غير مجيز

انه ينفسخ فان سكوته بعد الاخذ عن الاجازة قدر ما يتمكن فيه من الاجازة ولم يجد دليل ظاهر في عدم رضاه بالبيع **قوله** ومن اشترى عبداً اي اشترى

انساناً قال له اشتراه فاني عبد فاذا هو حر اي فظهر انه حر بينة اقامها وان كان البائع حاضراً او غائباً غيبة معروفة اي يدرى مكانه لا يرجع على

العبد بشيء من الثمن الذي قبضه بائعه للتمكن من الرجوع على القابض وان كان البائع لا يدرى اين هو رجع المشتري على العبد بما دفع الى البائع

من الثمن ورجع العبد على بائعه بما رجع المشتري به عليه ان قدر وانما يرجع العبد على البائع مع انه لم يأمره بالضمان عنه لانه ادى دينه وهو مضطر

في ادائه بخلاف من ادى عن آخر ديناً او حقاً عليه بغير امره فليس مضطراً فيه فانه لا يرجع به والتقييد بالقيدين لانه لو قال انا عبد وقت البيع ولم يأمر

بشرائه او قال اشترني ولم يقل فاني عبد لا يرجع عليه بشيء ولو ارتهن عبداً مقراً بالرق فظهر حراً وقد كان قال ارتهني فاني عبد الراهن لم يرجع عليه

اي على العبد على كل حال اي سواء كان الراهن حاضراً او غائباً يعرف مكانه او لا يعرف وهذا ظاهر الرواية عنهم وعن ابي يوسف رح انه

لا يرجع فيهما اي في البيع والرهن لان الرجوع بالمعاوضة وهي المبايعة هنا او بالكفالة وليس واحد منهما ثابتاً هنا بل الثابت

ليس الا مجرد الاخبار كاذباً فصار كما لو قال اجنبي لشخص ذلك وكقول العبد ارتهني فاني عبده وهي المسئلة المذكورة ثانياً ولهما ان

ن التقرير: المشتري شرع في الشراء معتمداً على امره واقراره وكان مغروراً من جهته والتغرير في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض يجعل

سبباً للضمان دفعاً للغرر بقدر الامكان فكان تغريره ضماناً لدرك الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه كالمولى

فصل في بيع الفضولي قال ومن باع ملك غيره بغير امره فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وقال الشافعي رح لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث يكفى مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري فثبتت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع

فطلب المشتري بالثمن من البائع فرده اليه ثم ظهر فساد القضاء فليس للمشتري ان يسترد المستحق من البائع لثبوت التقابل ولو لم يترادا ولكن القاضي قضى للمستحق وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضاء يظهر فساد الفسخ ولو احب البائع ان يامن غائلة الرد بالاستحقاق فابراء المشتري من ضمان الاستحقاق قائلا لا ارجع بالثمن ان ظهر الاستحقاق فظهر كان له الرجوع ولا يعمل ما قاله لان الابراء لا يصح تعليقه بالشرط قالوا والحيلة فيه ان يقر المشتري ان بايعي قبل ان يبيعه مني اشتراه مني فاذا اقر على هذا الوجه لا يرجع بعد الاستحقاق لانه لو رجع على بائعه فهو ايضا يرجع عليه باقراره انه بائعه منه والله اعلم

فصل في بيع الفضولي مناسبة هذا الفصل مع الاستحقاق ظاهرة لان دعوى الاستحقاق تتضمن دعوى الفضولي على احسن الوجوه لانه يتضمن اما دعواه ان بائعك باع ملكي بغير امري لغصبه او فضوله واحسن المخارج للمقيم فيه فضوله والفضول جمع فضل غلب في الاستعمال بما لا يعنيه وما لا ولاية له فيه فقول بعض الجهلة لمن يامر بالمعروف انت فضولي يخشى عليه الكفر **قوله** ومن باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وهو قول مالك واحمد وقال الشافعي لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية فصار كبيع الآبق والطير في الهواء في عدم القدرة على التسليم وطلاق الصبي العاقل في عدم الولاية وقال عم لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك قلنا المراد بالبيع الذي تجري فيه المطالبة من الطرفين وهو النافذ والمراد ان يبيعه لم يشتريه فيسلم بحكم ذلك العقد وذلك غير ممكن لان الحادث يثبت مقصورا على الحال وحكم ذلك السبب ليس هذا بل ان يثبت بالاجازة من حين ذلك العقد ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة وسبب ذلك النهي يفيد هذا وهو قول حكيم يا رسول الله ان الرجل ياتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاشتريها فاسلمها فقال عم لا تبع ما ليس عندك وقال الكرخي حدثنا ابراهيم بن موسى الجوزي قال حدثنا الحسن بن العزار قال ثنا شعبان عن شبيب بن غرقدة سمعه من قومه عن عروة البارقي وحدثنا ابراهيم قال ثنا ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة اخبرنا الحسن عن عروة البارقي ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا يشتري به اضحية فاشترى بشاتين فباع احدهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا له النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى ترابا ربح فيه وروي انه صلى الله عليه وسلم دفع دينارا الى حكيم بن حزام ليشتري اضحية فاشترى شاة ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الى النبي صلى الله عليه وسلم فاخبره بذلك فقال صلى الله عليه وسلم بارك الله لك في صفقتك فاما الشاة فضح بها واما الدينار فتصدق به وقولك لا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ان اردت الانعقاد على وجه النفاذ فمسلم ولا يضر وان اراد الانعقاد على وجه التوقف الا ان يرى المالك مصلحة في الاجازة فيجيز فعله او عدمها فيبطله ممنوع ولا دليل عليه بل الدليل دل على ثبوته وهو تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشتري من غير ضرر ولا مانع شرعي فيدخل ثبوته في العمومات اما تحقق ما ذكرنا فان المالك يكفي مؤنة طلب المشتري ووفور الثمن وقراره ونفاق سلعته وراحته منها ووصوله الى البدل المطلوب له المحبوب والمشتري وصوله الى حاجته نفسه ودفعها بالمبيع وارتفاع الم فقدها اذا كان مهمالة والعاقد يصون كلامه عن الالغاء والاهدار بل وحصول الثواب له اذ نوى الخير لله تعالى من الاعانة على حصول الرفق لاخيه المسلم ولما كان هذا التصرف خيرا لكل من جماعة عباد الله من غير ضرر كان الاذن في هذا العقد ثابتا دلالة اذ كل عاقل ياذن في التصرف النافع بلا ضرر ربه اصلا والعمومات توجب اعتباره وصار كالوصية من المديون

قال وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن دينا فان كان عرضا معينا انما تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة

المستغرق وباكثر من الثلث اذا كان المعقود عليه باقيا حيث يتوقف على اجازة المستحق بالاجماع فهذا اصل القياس صحيح لا يقال فاذا ثبت الاذن دلالة ينبغي ان ينفذ العقد لانا نقول الثابت دلالة ما لا ضرر فيه وذلك هو الانعقاد موقوفا على راي المالك فثبت هذا القدر فاما نفاذه بلا رايه ففيه اضرار به اذ قد لا يريد بيعه فيثبت بخلاف بيع الطير في الهواء والسمكة في الماء لا يجوز لعدم المحل فان الطير ليس مملوكا اصلا قبله وما ليس بمملوك لاحد لا يكون محلا للبيع وبيع الآبق منعقد فاسدا وهو عندنا مفيد للملك اذا اتصل به القبض وعدم توقف طلاق الصبي ولو بمال لحق الشرع فانه انزله كالمجنون فيما نحن فيه وان كان عاقلا اذ صح توكيله بذلك عن غيره وطلاق المرأة ضرر ظاهر فان عقد النكاح شرع للتراحم والتناصر وانتظام المصالح فلذا لم يتوقف ذلك منه لا على اجازة وليه ولا على اجازته بعد البلوغ بخلاف ما لو اشترى او تزوج امة فان هذه التصرفات تتوقف منه على اجازة وليه او اجازته بعد البلوغ فان قيل يجب ان يلغو لعدم المقصود منه وهو الملك قلنا لا يلزم من عدم ترتبه في الحال عدمه مطلقا بل هو مرجو فلا يلزم عدمه وكون متعلق العقد مرجوا كان في صحة التصرف وعن هذا صح تعليق الطلاق والعتاق بالشرط والا فلا وقوع في الحال ولا يقطع بوقوعه فكان ينبغي ان يلغو لكن لما كان بحيث يرجى صح وانعقد سببا في الحال مضافا او عند الشرط كقولنا هذا وقول المصنف تصرف تمليك من اضافة العام الى الخاص كحركة الاعراب والاضافة في مثله بيانية اي تصرف هو تمليك وحركة هي اعراب ولا حاجة الى هذا القيد هنا لان تصرفات الفضولي تتوقف عندنا اذا صدرت وللتصرف مجيز اي من يقدر على الاجازة سواء كان تمليكا كالبيع والاجارة والهبة والتزويج والتزوج او اسقاطا حتى لو طلق الرجل امرأة غيره او اعتق عبده فاجاز طلقت واعتق ولذا سائر الاسقاطات كالديون وغيرها فكان الاحسن ان يقول تصرف شرعي واما القياس على الفضولي بالشراء ففي شراء الفضولي تفصيل ذكره في شرح الطحاوي وطريقة الخلاف وهو انه لو قال الفضولي بع هذا لفلان فقال المالك بعت فقال الفضولي قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف فلا يصح القياس الا اذا قال الفضولي اشتريت هذا لاجل فلان فقال بعت او قال المالك ابتداء بعت منك هذا العبد لاجل فلان فقال اشتريت نفذ على الفضولي غير متوقف على اجازة فلان لانه وجد نفاذا على المشتري فلا يتوقف لانه اضيف اليه ظاهرا فلا حاجة الى ايقافه الى رضى الغير فقوله لاجل فلان يحتمل لاجل شفاعته او رضاه بخلاف البيع لم يجد نفاذا قوله وله الاجازة اي للمالك ان كان المعقود عليه باقيا وهو المبيع وكذا المتعاقدان وهما الفضولي والذي خاطبه فلا بد من بقاء الاربعة الثلاثة المذكورة والمالك حتى لو مات لا تصح اجازة الوارث كما سنذكر هذا فيما اذا كان الثمن دينا اي مما لا يتعين وهذا لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيام العقد الذي هو مورد هذا التصرف وقيامه بقيام العاقدين والمعقود عليه وانما لم يذكر المالك لانه ذكر ان الاجازة منه وهو فرع وجوده وفي الايضاح عقد الفضولي في حق وصف الجواز موقوف على الاجازة فاخذ الاجازة حكم الانشاء ولا بد في الانشاء من قيام الاربعة وفي التفصيل شرط بقاء المعقود عليه لان الملك لم ينتقل فيه وانما ينتقل بعد الاجازة ولا يمكن ان ينتقل بعد الهلاك والمشتري ليلزمه الثمن وبعد الموت لا يلزم ما لم يكن لزمه حال الحياة والبائع لانه يلزمه حقوق العقد بالاجازة ولا تلزم الا الاحياء والمالك لان الاجازة تكون منه لا من وارثه واذا اجاز المالك صار المبيع ملكا للمشتري والثمن مملوكا له امانة في يده اي في يد الفضولي فلو هلك لا يضمنه كالوكيل فالاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة من حيث انه صار بها تصرفه نافذا وان لم يكن له من كل وجه فان المشتري من الفضولي اذا اجاز المالك لا ينفذ بل يبطل بخلاف الوكيل وهذا بسبب ان الملك البات اذا طرأ على الموقوف وهو ملك المشتري من الفضولي يبطل الموقوف ولهذا لو تزوجت امة وطيها مولاها بغير اذنه فمات قبل الاجازة توقف النكاح الى اجازة الوارث لانه لم يطرأ ملك بات للوارث في البضع ليبطل وهذا يوجب تقييد الوارث بكونه من الاولاد بخلاف ابن العم وللفضولي اي

ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك في حيوته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف رح اولا وهو قول محمد رح لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف رح وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك

في البيع ان يفسخ قبل اجازة المالك حتى لو اجازه لا ينفذ لزوال العقد الموقوف وانما كان له ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه فانه بعد الاجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد اليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته عليه بخلاف الفضولي في النكاح ليس له ان يفسخ بالقول ولا بالفعل لانه معبر محض اي كناقل عبارة فبالاجازة تنتقل العبارة الى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي فلا يلزمه بالاجازة ضرر تعلق الحقوق وقد ثبت للمالك والولي حتى ان يجيز وكذا بالفعل كان زوج امراة برضاها من غائب فقبل ان يجيز زوجه اختها توقف العقد الثاني ايضا بخلاف ما لو وكله قبل عقده فضوليا ان يزوجه امراة فزوجه اختها فان العقد الاول يبطل لطرء البات على الموقوف هذا الذي ذكرناه فيما اذا كان الثمن دينا فان كان عينا بان باع الفضولي ملك غيره بعوض معين بيع مقايضة اشترط قيام الاربعة المذكورة وخامس وهو ذلك الثمن العرض واذا اجاز مالك المبيع والثمن عرض فالفضولي يكون مبيع مال الغير مشتريا للعرض من وجه والشراء لا يتوقف اذا وجد نفاذا فينفذ على الفضولي فيصير مالكا للعرض والذي يفيده والاجازة انه اجاز للفضولي ان ينقد ثمن ما اشتراه من ذلك العرض ملكا له كانه قال اشتر هذا العرض لنفسك وانقد ثمنه من مالي هذا قرضا عليك فان كان مثليا فعليه مثله وان كان قيميا كثوب او جارية فقيمته فيصير مستقرضا للجارية او الثوب والقرض وان لم يجز في القيميات لكن ذلك اذا كان قصدا وهنا انما ثبت ضمنا مقتضى لصحة الشراء فيراعى فيه شرائط صحة المقتضى وهو الشراء لا غير كالكفيل بالمسلم فيه اذا اداه من مال نفسه يصير معرضا حتى يرجع بقيمته ان كان ثوبا لان الثوب مثلي في باب السلم فكذا فيما جعل بمقابلته فكذا هنا اذ لا صحة لشراء العبد الا بقرض الجارية والشراء مشروع فيما في ضمنه يكون مشروعا هذا وانما ينفذ الشراء على المشتري اذا لم يضفه الى آخر وجد الشراء النفاذ عليه ولم يسبق بتوكيل للمشتري من آخر فاما ان كان كذلك فالشراء يتوقف وفي الوكالة ينفذ على الموكل فانه ذكر في شرح الطحاوي ولو اشترى رجل لرجل شيئا بغير امره كان ما اشتراه لنفسه اجاز الذي اشتراه له او لم يجزه اما اذا اضافه الى آخر بان قال للبائع بع عبدك من فلان بكذا فقال بعت وقال المشتري هذا البيع لفلان فانه يتوقف وقوله ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث قدمنا الكلام فيه وهو بخلاف القسمة عند ابي حنيفة وابي يوسف فان القسمة الموقوفة على اجازة الغائب الكبير جازت باجازة ورثته بعد موته استحسانا لانه لا فائدة في نقض القسمة ثم الاعادة وقول محمد القسمة مبادلة كالبيع فلا يجوز باجازة ورثته هو القياس والاستحسان مقدم ولو هلك المبيع قبل الاجازة قبل التسليم فلا ضمان على احد وان هلك بعده فالمالك ان يضمن ايهما شاء البائع او المشتري وايهما اختار برئ الآخر من الضمان لتضمن التضمين تمليكا فاذا ملكه من احدهما لا يتصور تمليكه من الآخر فان اختار تضمين المشتري بطل البيع الموقوف لان اخذ القيمة كاخذ العين ويرجع المشتري بالثمن على الفضولي لا بما ضمن وان اختار تضمين البائع نظر ان كان قبض البائع مضمونا عليه نفذ بيعه لانه سبب ملكه وهو غصبه وتقدم عقده وان كان قبض امانة وانما صار مضمونا عليه بالتسليم لا ينفذ بيعه في الضمان لان سبب ملكه تاخر عن عقده وذكر محمد في ظاهر الرواية انه يجوز البيع بتضمين البائع وهو محمول على انه سلمه اولا حتى صار مضمونا عليه ثم باعه فصار كالمغصوب هذا اذا باعه بثمن دين فان كان بعين مما يتعين بالتعيين فهلكت في يد البائع بطل بيعه فلا يلحقه اجازة ويرد المبيع على صاحبه ويضمن البائع للمشتري مثل العرض او قيمته ان كان قيميا لانه قبضه بعقد فاسد ولو اجاز المالك في حياته ولم يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد رح لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك

قال ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما رويناه ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا ان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا وبخلاف المشتري من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله واما اذا ادى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال رح وهو الاصح

قوله ومن غصب عبدا فباعه فاعتقه المشتري ثم اجاز مولى العبد البيع فالعتق جائز كذا ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكر خلافا لكنهم اثبتوا اختلافه مع زفر في بطلانه العتق وهذه من المسائل التي جرت المحاورة بين ابي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال ابو يوسف رح ما رويت لك عن ابي حنيفة رح ان العتق جائز وانما رويت لك ان العتق باطل وقال محمد بل رويت لي ان العتق جائز واثبات مذهب ابي حنيفة في صحة العتق بهذا لا يجوز لتكذيب الاصل الفرع صريحا واقل ما هنا ان يكون في المسئلة روايتان عن ابي حنيفة قال الحاكم الشهيد قال ابو سليمان هذه رواية محمد عن ابي يوسف رح ونحن سمعنا من ابي يوسف انه لا يجوز عتقه وسيجيء ان شاء الله تعالى قالوا وقول محمد قياس وقول ابي حنيفة رح استحسان وجه قول محمد انه لا عتق بلا ملك لقوله عم لا عتق فيما لا يملك ابن ادم والموقوف لا يفيد الملك وقت العقد ولو ثبت في الاخرى اي عند الاجازة ثبت مستندا وهو ثابت وقت العتق من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما رويناه من هذا الحديث وقد سلف تخريجه ولهذا اي لاجل ان الشرط الملك الكامل لا يصح ان يعتقه الغاصب ثم يودي الضمان ولا المشتري بشرط الخيار للبائع ثم يجيز البائع البيع وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع ان البيع اسرع نفاذا من العتق حتى نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان بعد ان باع وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولا الطلاق في النكاح الموقوف حتى اذا اجيز لا يقع المراة وكل من الطلاق والعتق في الحاجة الى الملك على السواء رح وكذا اذا جعل فضولي المرءة رجل بيدها فطلقت نفسها ثم اجاز الزوج لا تطلق بل يثبت التفويض فان طلقت نفسها الآن طلقت رح والا لا ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر اول الباب فيثبت الاعتاق موقوفا مرتبا عليه ثم ينفذ بنفاذه ومطلق بفتح اللام واحترز به عن البيع بشرط الخيار فيخرج جواب قوله لا يصح عتق المشتري والخيار للبائع لان ذلك ليس بتصرف مطلق اذ الخيار يمنع ثبوته في حق الحكم لا باتا ولا موقوفا وقد يقرأ بكسر اللام والفتح اصح وبموضوع لافادة الملك عن الغصب فخرج الجواب عن قوله لا ينفذ من الغاصب اذا اعتق ثم ادى الضمان على ان الغصب ليس سببا موضوعا لافادة الملك وانما ثبت الملك ضرورة اداء الضمان فهو بعرضية ان يعتبر سببا لانه وضع سببا فيقتصر على ذلك ولذا لا يتعدى الى الزوائد المنفصلة بخلاف البيع اذا اجيز يثبت الملك في المتصلة والمنفصلة واما بيع المشتري من الغاصب فانما لا يصح منه لبطلان عقده بالاجازة فان بها يثبت الملك للمشتري باتا والملك البات اذا ورد على الموقوف ابطله وكذا لو وهبه مولاه للغاصب او تصدق به عليه او مات فورثه فهذا كله يبطل الملك الموقوف لانه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف في محل واحد على وجه يطرأ فيه البات والا فقد كان فيه ملك بات وعرض معه الملك الموقوف وصار كاعتاق المشتري من الراهن فانه يتوقف بالاتفاق على اجازة المرتهن او فك الرهن والجامع انه اعتاق في بيع موقوف وكاعتاق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين يصح ثم ينفذ اذا قضى الدين واما اعتاق المشتري من الغاصب الضمان فنقول ينفذ كذا ذكره هلال الراي بن يحيى البصري في وقفه وهو من اصحاب ابي يوسف ذكر فيمن غصب ارضا فباعها فوقفها المشتري ثم ادى الغاصب ضمانها حتى ملك قال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق اولى واما عدم وقوع الطلاق في النكاح الموقوف وفي التفويض الموقوف فالاصل فيه ان كل تصرف جعل شرعا سببا الحكم اذا وجد من غير ولاية شرعية فلم يستعقب حكمه وتوقف ان كان ما يصح تعليقه جعل معلقا والا احتجنا الى ان نجعل سببا في الحال متاخرا حكمه ان امكن فالبيع ليس مما يعلق فيجعل سببا في الحال فاذا زال المانع من ثبوت الحكم بوجود الاجازة ظهر اثره من وقت وجوده ولذا ملك الزوائد واما التفويض فيحتمل التعليق فجعلناه للوجود من الفضولي معلقا بالاجازة فانما يثبت التفويض للحال لا مستندا فلا يثبت حكمه

قال فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز البيع فالارش للمشتري لان الملك تم له من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى فكذا اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجيز البيع فالارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه او فيه شبهة عدم الملك **قال** فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر **قال** فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فيتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه

الا من وقت الاجازة واما النكاح فلا يعلق ولا يمكن ان يعتبر في حال التوقف سببا لملك الطلاق بل الملك المتعقب له اذا ثبت وهذا لانه لا يثبت لاجل صحة الطلاق مقصودا لان شرعيته تنفذ ذلك من انتظام المصالح بينهما لا لوقوع الشتات بالفرقة فلا يثبت ذلك الابتناء على ثبوت المقصود اولا وهو منتف هنا فلو ثبت لكان ليس الا لصحة وقوع الطلاق بخلاف ملك القن فانه يجوز ان ينعقد مقصودا لصحة العتاق والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم لا عتق الحديث النافذ في الحال او غايته ما يفيد لزوم الملك للعتق وهو ثابت هنا فانا لم نوقعه قبل الملك فحاصل الخلاف كما قال الامام القاضي يرجع الى ان بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم عند محمد وهو الملك لانعدام الولاية فكان الاعتاق لا في ملك فيبطل كما لو باعه المشتري من الغاصب وعندهما يوجبه موقوفا لان الاصل اتصال الحكم بالسبب والتاخير لدفع الضرر عن المالك والضرر في نفاذ الملك لا في توقفه وبعد فالمقايسة القائمة في كلام محمد المتضمن لا عتاق الملك الكامل لم يصرح فيها بمنع ويمكن ان يستخرج من الدليل المذكور منع انه يحتاج الى ملك كامل وقت ثبوته بل وقت نفاذه وهو كذلك **قوله** فان قطعت يد العبد اي عند المشتري من غاصبه وحاصل وجوه هذه المسئلة المذكورة ان من غصب عبدا فباعه فاما ان يعتقه المشتري من الغاصب ثم يجيز المالك بيع الغاصب واما ان لا يعتقه ولكن قطعت يده ونحوه من الجراحات الموجبة للارش فاخذ ارشها ثم اجاز المالك بيع الغاصب واما ان لا يكون احد هذين ولكن باعه المشتري من الغاصب ثم اجاز المالك بيع الغاصب وهو الذي يلي هذا الفرع واما ان لا يكون شيء من ذلك ولكن مات في يده او قتل ثم اجاز وهي اربعة فروع تتفرع على اجازة الغاصب اولها ما اذا اجاز بيع الغاصب بعد عتق المشتري منه وهي التي فرغنا منها والثاني ما اذا اجاز بيع الغاصب بعد ان جنى على العبد جناية فاخذ ارشها فان الارش يستحقه المشتري من الغاصب لان قطع يده لا يمنع صحة الاجازة اذ لم يفت المقصود بقطعها بخلاف موته فاذا لحقته الاجازة ظهر انه قطع في ملكه فيستحق ارش يده لما ذكرنا من ان البيع موضوع سببا للملك بخلاف ما لو قطعت في يد الغاصب ثم ادى الضمان فملك العبد فانه لا يكون له الزوائد لان الغصب لم يوضع سببا للملك وانما ثبت الملك مستندا لوقت الغصب بطريق الضرورة فيظهر في المتصل لا المنفصل ثم يتصدق هذا المشتري بما زاد من ارش اليد على نصف الثمن لانه اي ما زاد على نصف الثمن لم يدخل في ضمانه لما ذكرنا ان اليد من الادمي نصفه فالذي دخل في ضمانه هو ما كان في مقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمنه وهذا لان ارش يد العبد نصف قيمته والحر نصف ديته وعسى ان يكون نصف القيمة اكثر من نصف الثمن فلا يطيب له الفضل فانه انما دخل في ضمانه بالثمن لا القيمة وذكر المص وجها آخر وهو انه فيه شبهة عدم الملك لان الملك في الارش ثبت يوم القطع مستندا الى يوم البيع وهو ثابت من وجه دون وجه وهو شبهة عدم الملك واورد عليه لو وجب التصدق لشبهة عدم الملك في الزائد ينبغي ان يتصدق بالكل لان في الكل شبهة عدم الملك بعين المذكور في الزائد ولو قيل شبهة عدم الملك انما يؤثر المنع مع كونه لم يضمن لا بانفراده دفع بان كونه لم يضمن يستقل بالمنع اتفاقا فلا حاجة الى زيادة شبهة عدم الملك اذ لا يفيد شيئا ووزع في الكافي الوجهين فقال ان لم يكن العبد مقبوضا واخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن لان العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان اخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود اي الملك حقيقة وقت القطع وانما ثبت فيه بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه ولو كان المشتري من الغاصب اعتق العبد ثم قطعت يده ثم اجاز المولى بيع الغاصب كان الارش للعبد قال المص وهذه اي هذه المسئلة وفي بعض النسخ وهو حجة على محمد يعني كون الارش للمشتري حجة على محمد في عدم تجويزه عتاق المشتري من الغاصب اذا اجاز المالك بيع الغاصب فان الاعتاق في ملك موقوف وهذا لاستحقاق ارش

قال ومن باع عبد غيره بغير أمره وأقام المشتري البينة على إقرار البائع أو رب العبد أنه لم يأمره بالبيع وأراد رد المبيع لم تقبل بينته للتناقض في الدعوى إذ الإقدام على الشراء إقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى وإن أقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع إن طلب المشتري ذلك لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار فللمشتري أن يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري قال رحمه الله

بملك موقوف قال والعذر له اي جوابه بالفرق بان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده فاخذ ارشها ثم عجز فرد في الرق فان الارش للمولى مع ان ملكه فيه حال الكتابة من وجه لا من كل وجه وكذا اذا قطعت يد العبد في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجاز البائع البيع يكون الارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر حيث لا يكفي فيه الا الملك من كل وجه والثالث من الفروع ما ذكره بقوله فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول اي بيع الغاصب لم يجز البيع اي بيع المشتري من الغاصب من الآخر لما ذكرنا يعني قوله لان الاجازة تثبت للبائع ملكا باتا الى آخره ان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول اي بيع الغاصب بخلاف الاعتاق عندهما اي عند ابي حنيفة وابي يوسف فانه اي الاعتاق لا يؤثر فيه غرر الانفساخ بدليل ان المشتري لو اعتق العبد قبل قبض يجوز ولو باعه لا يجوز وقد روي عن ابي حنيفة انه يتوقف بيع كما يتوقف الاعتاق واستشكل هذا التعليل بانه شامل لبيع الفضولي مطلقا غاصبا او غير غاصب اذ فيه غرر الانفساخ على تقدير عدم الاجازة ومع ذلك ينعقد موقوفا وتلحقه الاجازة اجيب بان هناك معارضا لغرر الانفساخ مرجحا عليه وهو ما تقدم من تحقق المصالح المتعدية والقاصرة من غير شائبة ضرر وليس مثله ثابتا في البيع الثاني لانه لم يملكه مشتري الاول حتى يطلب مشتريا آخر فيتجر والبيع الثاني في عرضة الانفساخ فلم ينعقد اصلا وانما وجب تقديم ذلك المعارض لانه لو اعتبر مجرد غرر الانفساخ بلا اعتبار النفع لم يصح بيع اصلا لان كل بيع فيه غرر الانفساخ خصوصا في المنقولات بجواز هلاك المبيع قبل القبض فينفسخ فالمعتبر مانع غرر الانفساخ الذي لم يشبه نفع وفرق العتابي بغير هذا بين اعتاق المشتري من الغاصب حيث ينفذ بالاجازة وبين بيع المشتري من الغاصب حيث لا ينفذ بالاجازة لان العتق منه للملك فهو مقرر للملك حكما والمقرر للشيء من حقوقه فجاز ان يتوقف بتوقفه والبيع ازالة له بلا انهاء فكان ضررا محضا بحكمه فلا يتوقف بتوقفه ولا ينفذ بنفاذه والدليل على الفرق بينهما ان المشتري اذا اعتق ثم اطلع على عيب يرجع بالنقصان ولو باع ثم اطلع على عيب لا يرجع والرابع ما ذكره بقوله فان لم يبعه المشتري ولكن مات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات وهذا في الموت ظاهر واما في القتل فلم يعتبر ايجاب البدل للمشتري بالقتل فيكون المعقود عليه باقيا بقيام بدله فتصح الاجازة كما في البيع الصحيح اذا قتل فيه العبد قبل القبض فان البيع لا ينفسخ كما ينفسخ بالموت بل يجعل قيام بدله كقيامه فيتخير المشتري بين ان يختار البيع فيدفع الثمن ويرجع ببدل العبد على قاتله وان يفسخه فيصير الى البائع فدار الفرق بانه لا ملك للمشتري من الغاصب حال القتل ملكا يقابل بالبدل لانه ملك موقوف والملك الموقوف لا يقابل بالبدل بخلافه في البيع الصحيح

قوله ومن باع عبد غيره بغير امره قوله بغير امره وان وقع في الجامع الصغير فليس من صورة المسئلة بل صورتها باع عبد غيره من رجل فاقام ذلك المشتري بينة على اقرار البائع انه لم يامره مالكه ببيعه او اقام على قول رب العبد ذلك واراد بذلك رد العبد فان هذه البينة لا تقبل للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء دليل صحة دعواه وانما يملك بيعه ودعواه اقراره بعدم الامر ينافيه اذ هو دليل انه لم يصح ولم يملك البائع البيع وقبول البينة مبني على صحة الدعوى فحيث لم تصح لم تقبل ولو لم تكن بينة بل ادعى البائع بعد البيع ان صاحبه لم يامره ببيعه وقال المشتري امرك او ادعى المشتري عدم الامر فادعى البائع الامر فالقول لمن يدعي الامر لان الآخر مناقض اذ اقدامه على البيع او الشراء دليل اعترافه بالصحة وقد ناقض بدعواه عدم الامر بخلاف الآخر وكذا ليس له ان يستحلفه لان الاستحلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة ذكره في شرح الزيادات بخلاف

وذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق تقبل وفرقوا بين العبد في هذه المسألة وبين المشتري

بالواقر البائع عند القاضي بذلك حيث حكم بالبطلان والمراد ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فكذا صح اقراره بالشيء بعد انكاره اياه الا ان الاقرار حجة قاصرة يعني انما ينفذ في حق المقر خاصة واذا وافقه المشتري نفذ عليهما فلذا اشترط طلب المشتري حتى يكون نقضا باتفاقهما لا بمجرد اقرار البائع والمراد من فسخ القاضي انه يمضي اقرارهما لان الفسخ يتوقف على القضاء وفرعها ان صاحب العبد لو حضر وصدقهما لنفذ الفسخ في حقه وتقرر وان كذبهما وقال كنت امرته كان القول قوله لما ذكرنا ان اقدامهما اقرار منهما بالامر فلا يعمل رجوعهما في حقه ويغرم البائع الثمن له ويكون المبيع للبائع لا له ويبطل عن المشتري الثمن للامر في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف يبقى في ذمة المشتري للامر ويرجع المشتري على البائع بمثل الثمن بناء على ان الوكيل بالبيع يملك ابراء المشتري عن الثمن عند ابي حنيفة ومحمد ويملك الاقالة بغير رضا الآمر وعلى قول ابي يوسف لا يملك قوله وذكر في الزيادات الخ صورة مسئلة الزيادات اشترى جارية وقبضها ونقد الثمن ثم ادعاها مستحق كان المشتري خصما لانه يدعيها لنفسه فان اقر بها للمدعي امر بتسليمها فلا يرجع بالثمن على بائعه لان اقراره بها لا يكون حجة على البائع وكذا لو جحد دعواه فحلف فنكل فقضي عليه بالنكول لان نكوله ليس حجة على غيره لانه كاقراره وفرق بين هذا وبين الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب يحدث مثله باقراره لا يلزم الموكل وان رد عليه بنكوله يلزمه كرده بالبينة لان المشتري مختار كالنكول لانه امتنع عن اليمين مع وجود ما يطلق له الحلف وهو البيع الذي هو الظاهر في الملك ولو كان مضطرا فالاضطرار انما لحقه بعمل باشره بنفسه فلا يظهر حكم نكوله في حق الغير اما الوكيل فمضطر في النكول اذ لم يوجد ما يطلق له الحلف فان غير المالك يخفى عليه عيب ملك المالك ولو قال المشتري انا اقيم البينة انها للمستحق لا يرجع على البائع لا يلتفت اليه لانه متناقض في دعواه بان اقدامه على الشراء اقرار منه بملك البائع وبصحة البيع وبهذه البينة ناقض فرق بين هذا وبين ما ذكر في المأذون رجل اشترى عبدا وقبضه ونقد الثمن ثم اقام البينة ان البائع باع العبد قبل ذلك من فلان الغائب بكذا قبلت بينته مع انه متناقض ساع في نقض ما تم به والثانية ما روى ابن سماعة عن محمد اذا وهب لرجل جارية فاستولدها الموهوب له ثم اقام الواهب بينة انه كان دبرها او استولدها قبلت بينته فيرجع على الموهوب له بالجارية والعقر وقيمة الولد مع انه متناقض ساع في نقض ما تم به وفرق اما في مسئلة الواهب فالفرق ان التناقض فيما هو من حقوق الحرية كالتدبير والاستيلاد والتناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى وعندي ان هذا غير صحيح لان التناقض انما قبل في دعوى الحرية لانها مما قد يخفى على المتناقض المدعي لها بعد اقراره بالرق والفاعل بنفسه للتدبير مثلا والاستيلاد لا يخفى عليه فعل نفسه من استيلاده ووطئه فيجب ان لا يقبل تناقضه ولا يحكم ببينته واما في مسئلة المأذون فبانه لما اقام البينة على البيع من الغائب قبل البيع منه فقد اقامها على اقرار البائع انه ملك الغائب لان البيع اقرار من البائع بانتقال الملك الى المشتري ثم في مسئلة الاستحقاق لو اقامها على اقرار البائع انها للمستحق قبلت لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على البائع باقراره وهو خصم في ذلك ويثبت ما ليس بثابت وهو اقرار البائع ولو كان متناقضا فالتناقض يرتفع بتصديق الخصم وهو يثبت بهذه تصديق الخصم ويجوز ان تقبل البينة على اقرار الخصم ولا تقبل على نفس الحق كما قال علماؤنا فيمن في يده عبد فادعاه رجل فاقام صاحب اليد البينة انه لفلان الغائب لا تقبل بينته ما لم يدع الوصول اليه من جهة الغائب ولو اقامها على اقرار المدعي انه لفلان الغائب تقبل وان لم يدع الوصول اليه من جهته وفرق في شرح الزيادات بين هذا وبين مسئلة الجامع المذكور في الهداية وهو انه لا تقبل بينته

وفي تلك المسئلة في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري

المشتري على اقرار البائع انه لم يامره كما لا تقبل على دعواه انه لم يامره بانه وضع المسئلة في الجامع فيما اذا كان المبيع في يد المشتري فهو سالم له من حيث الظاهر وسلامة المبيع من حيث الظاهر تمنع الرجوع بالثمن فلا يكون مدعيا لنفسه حق الرجوع وفي الزيادات وضع فيما اذا اخذت الجارية من يد المشتري فكان مدعيا لنفسه حق الرجوع قال ولا يقال في مسئلة الماذون المبيع في يد المشتري ومع هذا قبلت بينته لانا نقول ذلك محمول على ما اذا اخذ العبد من يده وهذا هو فرق المص وهو منظور فيه لان وضع مسئلة الزيادات ايضا في ان الجارية في يد المشتري كما اسمعتك فالاولى ما ذكر في الفوائد الظهيرية عن بعض المشائخ ان مسئلة الجامع محمولة على ان المشتري اقام البينة على اقرار البائع قبل البيع اما اذا اقامها على اقراره بعد البيع ان رب العبد لم يامره بالبيع فتقبل لان اقدام المشتري على الشراء يناقض دعواه اقرار البائع بعدم الامر قبل البيع ولا يناقض دعواه اقراره بعدم الامر بعد البيع قال ومسئلة الزيادات محمولة على هذا ايضا فيقع الغنية عن التفرقة بين المسئلتين انتهى وقيل مسئلة الجامع محمولة على اقرار البائع او رب العبد قبل البيع فلم تقبل للتناقض والزيادات على اقرار بعد البيع فلم يلزم التناقض فقبلت ومما يناسب المسئلة باع عبد غيره بلا امره ثم اشتراه من مولاه ثم اقام البائع البينة انه اشترى العبد من مولاه بعد بيعه او ورثه بعد البيع قال محمد رح تقبل بينته ويبطل البيع الاول ومن فروع مسئلة الاستحقاق على ما في شرح الزيادات ما لو قال المشتري للقاضي سل البائع ان الامة للمستحق او ليس له اجابه القاضي الى ذلك لانه يدعي انه مظلوم وله حق الرجوع عليه بالثمن باقراره فيساله القاضي فان اقر بذلك الزمه الثمن وان انكر وطلب المشتري تحليفه اجابه القاضي الى ذلك فمنهم من قال انما يحلفه لانه ادعى عليه معنى لو اقر به يلزمه واذا جحد يستحلف كما في سائر الدعاوي فان قيل نعم هو كذلك لكنه مناقض لان شراءه اقرار منه بصحته ودعواه انه ملك المستحق انكار ذلك ولهذا لا تقبل بينته وكما لا تقبل البينة الا بعد دعوى صحيحة لا يستحلف الا بعد دعوى صحيحة دل عليه ما في الماذون اشترى عبدا شيئا ثم قال انا محجور وقال البائع ماذون فاراد العبد ان يقيم البينة على ما ادعى لا تقبل ولا يستحلف خصمه وان اقر به البائع يلزمه وذكر في الجامع ان المشتري لو اراد استحلاف البائع انك ما بعته من فلان قبل ان تبيعه مني لم يكن له ذلك وان اقر به البائع يلزمه والجواب ان في مسئلتنا المشتري غير مناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد اصلا ولا الثمن فان بيع مال الغير منعقد وبدل المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو اللزوم بعد الاقرار من حيث الظاهر فكان مناقضا من وجه دون وجه فجعلناه مناقضا في حق البينة ولم نجعل له مناقضا في حق اليمين ليكون عملا بهما والعمل على هذا الوجه اولى لان البينة حجة متعدية فلو لم نجعله مناقضا في حق البينة يلزمنا ان لا نجعله مناقضا في حق اليمين بطريق الاولى بخلاف مسئلة الماذون لان العبد منكر لحكم العقد اصلا لان شراء المحجور لا يوجب ملك الثمن فكان مناقضا من كل وجه وبخلاف مسئلة الجامع لان ثمه المبيع في يد المشتري فلا يكون بها حق الخصومة وعلى هذا طريقة الموافقة للمص في الفرق قال ولو لم يستحق الجارية ولكن ادعت انها حرة الاصل فان اقر المشتري بذلك او استحلف فنكل وقضى القاضي بحريتها لم يرجع المشتري على البائع اما حرية الجارية فلانها كانت له من حيث الظاهر فصح اقراره ولا يرجع على البائع لان نكوله اقراره حجة عليه دون غيره منهم من قال قوله او استحلف فنكل غلط من الكاتب لان الاستحلاف لا يجري في دعوى الرق في قول ابي حنيفة رح وعندهما يجري الا ان اليمين تكون على الاتة فلا معنى لقوله فابى المشتري اليمين منهم من قال

قال ومن باع دار الرجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف رح آخرا وكان يقول اولا يضمن البائع وهو قول محمد رح وهي مسئلة غصب العقار وسنبينه في الغصب ان شاء الله تعالى والله اعلم بالصواب

بل هو صحيح لان موضوع المسئلة فيما اذا بيعت الامة وسلمت فانقادت لذلك فانقيادها كاقرارها بالرق فدعواها الحرية كدعوى العتق العارض فيكون الثمن على المشتري لان الظاهر شاهد له فلو ان المشتري اقام البينة على البائع انها حرة قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن ففرق بين هذا وبين الاستحقاق من وجهين احدهما انه ليس بمناقض في فصل الحرية لانها فيها تظهر بينته انه اخذ الثمن بغير حق وذلك دين عليه لان الحرية تنفي انعقاد العقد وملك الثمن للبائع فكانت البينة مظهرة ان اقدامه على الشراء اقرار لم يكن اقرارا بانعقاد العقد فلا يتحقق التناقض اما الاستحقاق فلا يمنع انعقاد العقد ولا ملك الثمن للبائع فلو قبلنا بينة المشتري انها للمستحق لا تظهر بينته انها للمستحق لان اقدامه على الشراء اقرار بملك الثمن للبائع ومع قيام ذلك الاقرار يتحقق التناقض ويصير مكذبا لشهوده ساعيا في نقض ما تم به فالوجه الثاني انه مناقض في الفصلين الا ان هذا تناقض لا يحتمل النقض فلا يمنع صحة الدعوى كما لو تزوج امراة ثم اقامت البينة انها اخته من الرضاع او اقامت البينة انه طلقها ثلاثا ثم تزوجها قبل ان تنكح زوجا غيره وكذا لو اعتق عبده على مال ثم اقام العبد البينة انه اعتقه قبل ذلك قبلت واختلف اصحابنا فيمن باع ارضا ثم اقام العبد بينة انه باع ما هو وقف منهم من قال لا تقبل لانه يحتمل الفسخ فصار كالبيع ومنهم من قال تقبل لانه لا يحتمل الفسخ فصار كالبيع بعد القضاء فصار بمنزلة التدبير ونحوه وذكر ابو بكر الرازي رح انما تقبل بينة المشتري انها حرة لانها شهادة قامت على حرمة الفرج فتقبل من غير دعوى حتى لو كان مكان الامة عبد على قول ابي حنيفة لا تقبل وعلى قولهما تقبل لانها شهادة على عتق العبد فلا تقبل من غير دعوى والتناقض يمنع الدعوى ولو ادعى المستحق انها امته اعتقها او دبرها او ولدت منه فاقر المشتري بذلك او ابى اليمين وقضى عليه لا يرجع على البائع بالثمن لما قلنا فان اقام المشتري البينة على البائع بذلك ان شهد الشهود على ان ذلك كان قبل الشراء قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن لانه ثبت ببينته انها لم تدخل في العقد فكان مدعيا للدين فلا يكون مناقضا فان شهدوا على ان ذلك كان بعد الشراء منهما لا تقبل بينته لانها وقت العقد كانت مملوكة محلا للعقد والاعتاق المتاخر لا يبطل الشراء السابق قوله ومن باع دار الرجل اي عرصة غيره بغير امره وفي جامع فخر الاسلام صورة المسئلة اذا باعها ثم اعترف بالغصب بعدما ادخلها المشتري في بنائه فكذبه المشتري لم يضمن البائع عند ابي حنيفة لمن اقر بالغصب منه وهو قول ابي يوسف آخرا وكان يقول اولا يضمن وهو قول محمد وهي مسئلة غصب العقار هل يتحقق اولا عند ابي حنيفة لا فلا يضمن وعند محمد نعم فيضمن فرع يتعلق بهذا الفصل باع الامة فضولي من رجل وزوجها منه فضولي آخر فاجيزا معا ثبت الاقوى فتصير مملوكة لا زوجة ولو زوجها كل من رجل فاجيزا بطلا ولو باعها كل من رجل فاجيزا تنصف بينهما ويخير كل منهما بين اخذ النصف او الترك ولو باعه فضولي واجره آخر او رهنه او زوجه فاجيزا معا ثبت الاقوى فيجوز البيع ويبطل غيره لان البيع اقوى وكذا تثبت الهبة اذا وهبه فضولي واجره آخر وكل من العتق والكتابة والتدبير احق من غيرها لانها لازمة بخلاف غيرها والاجارة احق من الرهن لافادتها ملك المنفعة بخلاف الرهن والبيع احق من الهبة لان الهبة تبطل بالشيوع فيما لا يبطل بالشيوع كهبة فضولي عبدا وبيع آخر اياه يستويان لان الهبة مع القبض تساوي البيع في افادة الملك وهبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة فيأخذ كل النصف ولو تبايع غاصبا عرض رجل واحد له فاجاز لم يجز لان فائدة البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف وهما حاصلان للمالك في البدلين بدون هذا العقد فلم ينعقد فلا يلحقه الاجازة لو غصبا من رجلين وتبايعا واجاز المالك جاز ولو غصب النقدين من واحد وعقد الصرف وتقابضا ثم اجاز جاز لان النقود لا تتعين في المعاوضات وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب وتقدم ان المختار في بيع المرهون والمستاجر انه موقوف على اجازة المستاجر والمرتهن ولو

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما اشهد ان الله تعالى احل السلف المضمون وانزل فيها اطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه الاية وبالسنة وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس وان كان يأباه ولكنا تركناه بما رويناه ووجه القياس انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه

وصل الى المالك لوفاء الدين والابراء وفسخ الاجارة او تمام المدة تم البيع ولو لم يجز فللمشتري خيار الفسخ اذا لم يعلم وقت البيع بها وان علم فكذلك عند محمد قيل وهو ظاهر الرواية وعند ابي يوسف ليس له الفسخ اذا علم وقيل هو ظاهر الرواية وليس للمستاجر فسخ البيع بالاتفاق ولا للمزارع والمؤجر وفي المرتهن اختلاف المشايخ وفي مجموع النوازل بيع المغصوب موقوف ان اقر به الغاصب او كان للمغصوب منه بينة عادلة فلو اجاز تم البيع والا فلا ولو هلك قبل التسليم انتقض البيع وقيل لا لانه خلف بدلا والاول اصح وروى ابن سماعة عن ابي يوسف وبشر عن محمد ان مشتري المغصوب من غاصب جاحد يجوز ويقوم المشتري مقام البائع في الدعوى وعن ابي حنيفة روايتان رجل غصب عبدا وباعه ودفعه الى المشتري ثم ان الغاصب صالح المولى من العبد على شيء قال محمد ان صالحه على الدراهم والدنانير كان كاخذ القيمة من الغاصب فينفذ بيع الغاصب وان صالحه على عرض كان كالبيع من الغاصب فيبطل بيع الغاصب ومن البيع الموقوف بيع الصبي المحجور الذي يعقل البيع ويقصده وكذا شراؤه على اجازة وليه والده او وصيه او جده او القاضي وكذا الذي بلغ سفيها والمعتوه وكذا بيع المولى عبده الماذون المديون يتوقف على اجازة الغرماء في الصحيح خلافا لمن قال فاسد فلو قبض المولى الثمن فهلك عنده ثم اجاز الغرماء بيعه صحت اجازتهم ويهلك الثمن على الغرماء وان اجاز بعضهم البيع ونقض بحضرة العبد والمشتري لا تصح الاجازة ويبطل البيع ومنه بيع المريض عينا من وارث يتوقف على اجازة الورثة او صحة المريض فان صح من مرضه نفذ وان مات منه ولم تجز الورثة بطل والله اعلم

باب السلم تقدم ان البيع ينقسم على بيع مطلق ومقايضة وصرف وسلم لانه اما بيع عين بثمن وهو المطلق او قلبه وهو السلم او ثمن بثمن فالصرف او عين بعين فالمقايضة ولم يشترط في المطلق والمقايضة قبض فقدما وشرط في الاخيرين ففي الصرف قبضهما وفي السلم قبض احدهما فقدم تقديما للتدريج وخص لتحقق ايجاب التسليم شرعا فيما صدق عليه اعني تسليم راس المال وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم اليق لكن لما كان وجود السلم في زمنه صلى الله عليه وسلم هو الظاهر العام في الناس سبق الاسم له فعرف ما ذكر ان معناه الشرعي بيع آجل بعاجل وما قيل اخذ عاجل بآجل غير صحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل وعرف ايضا انه يصدق على عقده بلفظ البيع بان قال المسلم اليه بعتك كذا حنطة بكذا الى كذا ويذكر باقي الشروط او يقول المسلم اشتريت منك الخ وفيه خلاف زفر وعيسى ابن ابان وصحة المذهب عنه تيسير الوجه لان العبرة للمعنى ومعنى اسلمت اليك الى كذا وابتعتك الى كذا في البيع مع باقي الشروط واحد وان كان على خلاف القياس فذلك باعتبار امر آخر لا بامر يرجع الى مجرد اللفظ وعرف ان ركنه ركن البيع وسبب شرعيته شدة الحاجة اليه وسيذكر المص شرائطه واما حكمه فثبوت الملك للمسلم اليه في الثمن ولرب السلم في المسلم فيه الدين الكائن في الذمة واما في العين فلا يثبت الا بقبضه على انعقاد مبادلة اخرى على ما سيعرف والموجب المطالبة بما في الذمة ومعناه لغة السلف فاعتبر في الشرعي كان الثمن يسلفه المشتري للبائع ليقضيه اياه وجعل اعطاء العوض للمسلم اليه فيه قضاء كانه هو اذ لا يصح الاستبدال فيه قبل القبض وجعل الهمزة في اسلمت اليك للسلب بمعنى ازلت سلامته راس المال حيث سلمته الى مفلس ونحو ذلك بعيد ولا وجه له الا باعتبار المدفوع مآلا وصحة هذا الاعتبار تتوقف على غلبة توى ما عليه وليس الواقع ان السلم كذلك بل الغالب الاستيفاء **قوله** وهو يعني السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة اخرج الحاكم في المستدرك بسنده وصححه على شرطهما عن قتادة عن ابي حسان الاعرج عن ابن عباس رضي الله عنهما قال اشهد ان السلف المضمون الى اجل مسمى قد احله الله في الكتاب واذن فيه قال الله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه الآية ومن طريقه رواه الشافعي في مسنده والطبراني وابن ابي شيبة وعزاه بعض متاخري المصنفين الى البخاري وهو غلط فانه لم يخرج في صحيحه لابي حسان الاعرج واسمه مسلم والمص قد ذكر لفظ الحديث احل السلف المضمون قال المشايخ المراد بالمضمون المؤجل بدليل انه في بعض

الحكم

قال وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا بد ان يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك

رواية السلف المؤجل على هذا فهي صفة مقررة لا مؤسسة ويكون ما روى المخرجون الذين ذكرناهم من قوله المضمون الى اجل جمعا بين متقررين وقول السمى اي معين وكذا بالسنة الا ان لفظ الحديث كما ذكره المصنف فيه غرابة وهو انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وان كان في شرح المسلم للقرطبي ما يدل على انه متفق عليه بهذا اللفظ قيل والذي يظهر انه حديث مركب من حديث النهي عن بيع ما ليس عند الانسان رواه اصحاب السنن الاربعة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عنه صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع الى ان قال ولا تبع ما ليس عندك قال الترمذي حسن صحيح وتقدم والرخصة في السلف رواه الستة عن ابي المنهال عن ابن عباس رضي الله عنه قال قدم النبي صلى الله عليه وسلم والناس يسلفون في الثمر السنة والسنتين فقال من اسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم وفي البخاري عن عبد الله بن ابي اوفى قال ان كنا لنسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر في الحنطة والشعير والتمر والزبيب ولا يخفى ان جوازه على خلاف القياس اذ هو بيع المعدوم وجب المصير اليه بالنص والاجماع للحاجة من كل من البائع والمشتري فان المشتري يحتاج الى الاسترباح لنفقة عياله وهو بالسلم اسهل اذ لا بد من كون المبيع نازلا عن القيمة فيربحه المشتري والبائع قد يكون له حاجة في الحال الى الثمن وقدرة في المال على المبيع بسهولة فتندفع به حاجته الحالية الى قدرته المالية فلهذه المصالح شرع ومنع بعض من نقد الهداية قولهم السلم على خلاف القياس لانه بيع المعدوم قال بل هو على وفقه فانه كالابتياع بثمن مؤجل واي فرق بين كون احد العوضين مؤجلا في الذمة وبين الآخر بل هو على وفق القياس ومصلحة الناس قال وهذا المعنى هو الذي فهمه ترجمان القرآن ابن عباس وتلا الآية ثم قال بعد كلام اندفع فيه فالحاصل ان قياس السلم على الابتياع بثمن مؤجل اصح من قياسه على بيع المعدوم الذي لا يقدر على تسليم عادة مع الحلول كسائر الديون المؤجلة والحال كلاما وحاصله مبني على اعتقاد ان القوم قاسوا السلم على بيع المعدوم فيكون على خلاف القياس وان قياسه على الثمن المؤجل اولى به وليس كلامهم هذا بل انه هو نفسه بيع المعدوم فهو على خلاف القياس الاصلي وكونه معدوما لا يقدر على تحصيله عادة ليس هو معتبرا في مفهوم السلم عندهم بل هو زيادة عنده وقوله اي فرق الخ ليفيد انه على وفق القياس وكلام يفيد الاعتراف بكون بيع المعدوم على خلاف القياس ثم فرق ظاهر وهو ان المبيع هو المقصود من البيع والمحل لوروده فانعدامه يوجب انعدام البيع بخلاف الثمن فانه وصف يثبت في الذمة مع صحة البيع فقد تحقق البيع شرعا مع عدم وجود الثمن لان الموجود في الذمة وصف يطابقه الثمن لا عين الثمن وليس في كلام ابن عباس رضي الله عنه ما يفهم انه رآه على خلاف القياس وكونه فيه مصلحة الناس لا ينفي انه على خلاف القياس بل لاجل هذه المصلحة شرع وان كان على خلاف القياس قال المصنف والمراد بالموزونات التي يجوز السلم فيها غير الدراهم والدنانير اما الدراهم والدنانير فان اسلم فيهما دراهم او دنانير فبالاتفاق انه باطل وان اسلم غيرهما من العروض كحنطة او ثوب في عشرة دراهم او دنانير فلا يصح سلما بالاتفاق لان المسلم فيه لا بد ان يكون مثمنا والنقود اثمان فلا يكون مسلما فيهما واذا لم يصح فهل ينعقد بيعا في الكر والثوب بثمن مؤجل او يبطل اصلا حكى المصنف فيه خلافا قيل يبطل وهو قول عيسى بن ابان وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل وهو قول ابي بكر الاعمش وجعل المصنف وغيره قول عيسى بن ابان اصح لان تصحيح العقد انما يكون في المحل الذي اوجب المتعاقدان البيع فيه والا في غيره وهما لم يوجباه في الدراهم ولا يمكن تصحيح العقد باعتبارها بل باعتبار الثوب ولم يوجباه فيه فكان في غير محله الا ان الاول عندي ادخل في الفقه لان حاصل المعنى الصادر بينهما اعطاء صاحب الثوب برضاه ثوبه الى الآخر بدراهم مؤجلة وهذا من افراد البيع بلا تأويل اذ هو مبادلة المال بالمال بالتراضي وكونه ادخل الباء على الثوب لا يقدح في ان الواقع بينهما هو هذا المعنى وفيه تصحيح تصرفهما وادخال الباء على الثوب كادخالها على الثوب المقابل بالخمر فيما اذا اشترى خمرا بثوب فانه لا يبطل بل يفسد وان كان يقتضي ان يكون المبيع هو الخمر وهو باطل اعتبارا التصحيح

قال وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير سواء باصطلاح الناس على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر رح لا يجوز كيلا لانه عددي وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز عددا ايضا للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما

ع منها ما امكن **قوله** وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع اي عدد الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها لانه من هذه الثلاثة كالضبط الذي هو شرط الصحة وعرف من تعليله هذا ان شرط صحة السلم كون المسلم فيه مضبوطا على وجه يمكن تسليمه من غير افضاء الى المنازعة فلهذا اجمع الفقهاء على جواز السلم في المذروعات من الثياب والبسط والحصر والبواري اذا بين الطول والعرض وفي الايضاح يحتاج الى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباج لبقاء التفاوت بعد ذكر الطول والعرض لانها تختلف باختلاف الوزن فان الديباج كلما ثقل ازدادت قيمته والحرير كلما خف زادت انتهى وهذا في عرفهم وعرفنا ثياب الحرير ايضا وبعض المسمات بالكنى كلما ثقل ازدادت القيمة فالحاصل انه لا بد من ذكر الوزن سواء كانت القيمة تزيد بالثقل او بالخفة فان قيل ينبغي ان لا يصح السلم في غير المكيل والموزون لانه مشروع على خلاف القياس ولم يذكر في النص المفيد لشرعيته الا الكيل والوزن فلا يقاس عليهما غيرهما لا يقال السلم مخصوص من عموم لا تبع ما ليس عندك ودليل التخصيص اي القياس جاز ان يعلل ويلحق بالمخرج غيره لانا نقول ذلك مقيد بما اذا لم يخالف حكم دليل التخصيص القياس بالاتفاق كلمتهم على ان ما خالف القياس لا يقاس عليه فالجواب ان شرعية السلم ليس من تخصيص العام بل من تقييد المطلق فالعام هو لفظ ما ليس عندك الواقع في سياق النهي وهو لا تبع مطلق بالنسبة الى ذكر الاجل فيما ليس عندك وعدمه وشرعية السلم تقييد له بما اذا لم يذكر الاجل في البيع اما اذا ذكر الاجل فيجوز بيع كل ما ليس عندك لا البعض ليكون تخصيصا ما ليس عنده بل كل ما ليس عنده بلا ذكر اجل على عمومه في منع البيع وكله مع ذكره مخرج من ذلك الحكم لكن بشرط ضبطه ومعرفته لما ان ما عنده ايضا لا يجوز بيعه غير مسلم مع جهالته وعدم ضبطه فالحاصل ان كلما مع شرطه من الضبط يجوز بيعه باجل ولا يجوز بلا اجل وكون المذكور في الحديث الكيل والوزن ليس تعيينا لهما الا انه اتفق ذكرهما على تقدير السلم بل حاصله امر بتعيين الاجل والكيل على تقدير السلم في المكيل بيانا لشرط الصحة وهو عدم الجهالة يدل عليه سياق الحديث وهو انه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين والثلاث فقال صلى الله عليه وسلم من اسلم في شيء من هذه الثمار فيسلف الى اجل معلوم وفي كيل معلوم ثم انه صلى الله عليه وسلم زاد والوزن ليفيد عدم الاقتصار على الكيل فلما شرع بيع ما ليس عنده للحاجة الى الاسترباح والتوسعة على المقل الراجي فانه مظنة ذلك من الاقدام على اخذ الآجل بالعاجل اعطائه وشرط الضبط لدفع المنازعة والقدرة على التسليم ولذا اجمعوا على عدم الاقتصار على المكيل والموزون للعلم بان سبب شرعيته لا يختلف وهو الحاجة الماسة الى اخذ العاجل بالآجل وهي ثابتة عند البزازين اي الحياك في المذروع كما في اصحاب المكيلات والموزونات لفهم من ذلك كل من سمع سبب الشرعية المنقول في اخبار الاحاديث سواء كان له رتبة الاجتهاد ولم يكن فلذا كان ثبوت السلم في المذروعات بالدلالة اعني دلالات النصوص المتضمنة للسبب لمن سمعها فان قيل في المذروعات مانع هو ان الضبط بالذرع دونه بالكيل والوزن فلا يلحق بهما فالجواب ح ان قلت الذرع لا يضبط القدر كما يضبط الكيل والوزن فليس بصحيح بل الذرع المعين يضبط كمية المبيع بلا شبهة فيه والاختلاف فيه ليس الا في الصفة ونحن ما قلنا ان مجرد ذكر عدد الذرعان مصحح للسلم بل لا بد من ذكر الاوصاف حتى ينضبط كما ان المكيل ايضا لا يكفي في صحة السلم فيه مجرد ذكر عدد المكيل بل لا بد ان تذكر الاوصاف معه فتامل هذا التقرير فان في غيره خبطا والله اعلم **قوله** وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض اي يجوز السلم فيها عددا لان العددي المتقارب مضبوط بالعد ومقدور التسليم فيجوز السلم فيه عددا والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت بعد ان يكون من جنس واحد لان التفاوت يسير لا عبرة به وهذا هو الضابط في المعدود المتقارب وهو مروي عن ابي يوسف وعليه قول المصنف

وكذا في الفلوس عددا وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد رح لايجوز لانها اثمان لحما ان الثمنية في حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما ولايحي ء وزنيا وقد ذكرناه من قبل ولايجوز السلم في الحيوان وقال الشافعي رح يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فاشبه الثياب

ان ما لتفاوت ماليته متفاوت كالبطيخ والقرع والرمان والرؤس والاكارع والسفرجل ولايجوز السلم في شئ منها عددا لتفاوت في المالية الا اذا ذكر ضابطا غير مجرد العدد كطول وغلظ ونحو ذلك ومن المعدودات المتفاوتة الجوالقات والفراء فلا يجوز الا اذا ذكر مميزات واجاز مشائخ ما وراء النهر في الباذنجان والكاغذ عددا اهدار التفاوت فيه نظر ظاهر اذ يحمل على كاغذ بقالب خاص والا لايجوز وكون الباذنجان مهدر التفاوت لعله في باذنجان ديارهم وفي ديارنا ليس كذلك بخلاف بيض النعام وجوز الهند لا يستحق شئ منه في الاسلام في بيض الدجاج والجوز الشامي و منهما
الفرنج لعدم اهدار التفاوت من جنسين لكثرة التفاوت ويشترط مع العدد بيان الصفة ايضا ولو اسلم في بيض النعام او جوز الهند جاز كما جاز في الآخرين وعن ابي حنيفة انه منعه عددا في بيع بيض النعام لتفاوت آحاده في المالية وهو خلاف ظاهر الرواية والوجه ان ينظر الى الغرض في عرف الناس فان كان الغرض في عرف من بيض النعام الاكل ليس غير كعرف اهل البوادي يجب ان يعمل بظاهر الرواية فيجوز وان كان الغرض في ذلك العرف حصول القشر ليتخذ في سلاسل القناديل كما في ديار مصر وغيرها من الامصار يجب ان يعمل بهذه الرواية فلا يجوز السلم فيها بعد ذكر العدد الا مع تعيين المقدار واللون من نقاء البياض او اهداره وقال المصنف وكما يجوز عددا في العددي المتقارب يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز لانه ليس بكيلي بل معدود وعنه لا يجوز عددا ايضا للتفاوت بين آحاده قلنا اما التفاوت فقد اهدر فلا تفاوت اذ لا تفاوت في ماليته واما كونه معدودا فمسلم لكن لم لا يجوز كيلا مع ان اعتبار المقدار ليس الا للضبط والضبط لم ينحصر في العدد بل يعرف بطريق آخر فان قيل الكيل غير معدل فيه لما يبقى بين كل جوزتين وبيضتين من التخلخل قلنا قد علما به ورضي رب السلم فان اوقع السلم على مقدار ما يملأ هذا الكيل مع تخلخله وانما يمنع ذلك في اموال الربوا اذا قوبلت بجنسها والمعدود ليس منها وكيله انما كان باصطلاحهما فيصير بذلك كيليا مطلقا ليكون ربويا واذا اخذناه كيلا فوزنا اولى قوله وكذا في الفلوس عددا اي يجوز السلم في الفلوس عددا هكذا ذكره محمد في الجامع من غير ذكر خلاف فكان هذا ظاهر الرواية عنه وقيل بل هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف اما عنده فلا يجوز بدليل منعه بيع الفلس بالفلسين في باب الربوا هذا ما ارادة المصنف بقوله وقد ذكرناه من قبل واذا كان اثمانا لم يجز السلم فيها على ما ذكرنا وروى عنه ابو الليث الخوارزمي ان السلم في الفلوس لا يجوز على وفق هذا التخريج لكن ظاهر الرواية عنه الجواز والفرق له بين البيع والسلم ان من ضرورة السلم كون المسلم فيه مثمنا فاذا اعقدا على السلم فقد تضمن ابطالهما اصطلاحهما على الثمنية وهو السلم فيهما على الوجه الذي يتعامل فيهما به وهو العدد بخلاف البيع فانه يجوز ورود على الثمن فلا موجب لخروجها فيه عن الثمنية فلا يجوز التفاضل وامتنع بيع الفلس بالفلسين وقد تضمن الفرق المذكور جواب المصنف المذكور على تقدير تخريج الرواية عنه وقوله ليصح السلم فيهما على الوجه الذي الخ هو تقدير قول المصنف ولا يعود وزنيا يعني اذا ابطلت ثمنيتهما لا يلزم خروجها عن العددية الى الوزنية اذ ليس من ضرورة عدم الثمنية عدم العددية كالجوز والبيض بل يبقى على الوجه الذي تعورف التعامل فيهما وهو العدد الا ان يهدره اهل العرف كما هو في زماننا فان الفلوس اثمان في زماننا ولا يقبل الا وزنا فلا يجوز السلم فيها الا وزنا في ديارنا في زماننا وقد كانت قبل هذه الاعصار عددية في ديارنا ايضا قوله ولا يجوز السلم في الحيوان دابة كان او رقيقا وبه قال الثوري والاوزاعي وقال الشافعي ومالك واحمد يجوز في المعنى والنص اما المعنى فلانه يصير معلوما اي منضبطا ببيان الجنس كفرس او ابل او عبد والسن كابن مخاض او مسن والنوع كعربي ونجتي وحبشي والصفة كاحمر واسمر وطويل او ربعة والتفاوت بعد ذلك يسير

ولنا ان بعد ذكر ما ذكر يبقى فيه تفاوت فاحش فى المالية باعتبار المعانى الباطنة فيفضى الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع للعباد

وهو مغتفر بالاجماع والالم يصح سلم اصلا فان الغائب لو بلغ فى تعريفه النهاية لابد من تفاوت بينه وبين المرئى فان بين جيد وجيد من الحنطة تفاوت
لا يخفى فان صدق اسم الجودة على كل منهما وكذا بين الثوب ديباج احمر وثوب ديباج احمر فعلم ان التفاوت اليسير مغتفر شرعا فصار الحيوان
كالثياب والمكيل واما النص فما روى ابو داود عن محمد بن اسحق عن يزيد بن ابى حبيب عن مسلم بن جبير عن ابى سفيان عن عمرو بن جريش
عن عبد الله بن عمرو بن العاص ان رسول صلى الله عليه وسلم امره ان تجهز جيشا فنفذت الابل فامره ان ياخذ على قلائص الصدقة وكان
ياخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم واخرج الطحاوى بسنده الى ابى رافع ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه ابل من ابل الصدقة فامر ابا رافع ان يقضى للرجل بكره فرجع اليه ابو رافع فقال لم اجد فيها الا جملا خيارا
رباعيا فقال اعطه اياه فان خيار الناس احسنهم قضاء فدل على ثبوت الحيوان فى الذمة وعن ابن عمر انه اشترى راحلة باربعة ابعرة يوفيها صاحبها
بالربذة فى رواية باربعة ابعرة مضمونة واستوصف بنو اسرائيل البقرة فوصفها الله تعالى لهم فعلموا فعرفوها بالوصف قال صلى الله عليه وسلم لا تصف
الرجل الرجل بين يدى امرأته حتى كانها تنظر اليه ولا تصف المرأة المرأة بين يدى زوجها حتى كانه ينظر اليها فجعل صلى الله عليه وسلم الموصوف كالمرئى وقد اثبت
الشرع الغرة ومائة من الابل دية فى الذمة واثبت مهرا فى الذمة وصحة الدعوى فى الحيوان الموصوف والشهادة به مع ان شرط الدعوى والشهادة
كون المدعى والمشهود به معلوما قلنا اما المعنى فيمنع ان بعد الوصف فى الحيوان يصير التفاوت يسيرا بل هو بعد ذلك مما يصير معه تفاوت فاحش
فان العبدين المتساويين سنا ولونا وجنسا يكون بينهما من التفاوت فى حسن الشيمة والاخلاق والآداب وفهم المقاصد بايسير وما ضاعف قيمة
الآخر وكذا بين الفرسين والجملين بخلاف الثياب فانها مصنوعة العبد باآلة خاصة واذا اتحدت لم تتفاوت الا يسيرا وكذا بين الجيدين من الحنطة
مثلا باتفاق خلق الله تعالى فى غير الحيوان ذلك ولم يخلق الحيوان كذلك وقول المص قلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد يريد
يتفاوتان قليلا لا عدم التفاوت اصلا كما هو استعمال قلما فان هذا الفعل اعنى قل اذا كف بما استعمل للنفى كقوله صددت فاطولت الصدود وقلما وصال على طول الصدود
يدوم وحين علمنا انه اراد قلة التفاوت وجب ان تجعل ما مصدرية والمعنى قل التفاوت ولا يخفى ما فى قوله غير واحد من الشارحين اذا اتحد الصانع
والآلة اتحد المصنوع من التساهل واما النص المذكور فقال ابن القطان هذا حديث ضعيف مضطرب الاسناد فرواه حماد بن سلمة هكذا ورواه جرير
بن حازم عن ابن اسحق فاسقط يزيد بن ابى حبيب وقدم ابا سفيان على مسلم بن جبير ذكر هذه الرواية الدارقطنى ورواه عفان عن حماد بن سلمة فقال فيه عن
ابن اسحاق عن يزيد بن ابى حبيب عن ابى حبيب عن مسلم عن ابن ابى سفيان عن عمرو بن جريش ورواه عبد الاعلى عن ابن اسحق عن ابى سفيان عن مسلم بن كثير عن عمرو بن جريش ورواه
عن عبد الاعلى ابو بكر بن ابى شيبة فاسقط يزيد بن ابى حبيب وقدم ابا سفيان كما فعل جرير بن حازم الا انه قال عن مسلم بن جبير مسلم بن كثير ومع هذا الاضطراب فعمرو بن جريش مجهول الحال ومسلم بن جبير لم اجد
له ذكرا ولا اعلمه فى غير هذا الاسناد وابو سفيان فيه نظر انتهى كلامه فلا حجة فيه مع انه معارض بما هو اقوى منه وهو ما اخرجه ابن حبان فى
صحيحه عن سفيان عن معمر بن يحيى بن ابى كثير عن عكرمة عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان
نسيئة ورواه عبد الرزاق ثنا معمر به وكذا رواه الدارقطنى والبزار قال البزار ليس فى الباب اجل اسنادا من هذا وقول البيهقى
انه عن عكرمة مرسل بسبب ان منهم من رواه عن معمر كذلك كانه هو مبنيه قول الشافعى حديث النهى عن بيع الحيوان بالحيوان
نسيئة غير ثابت لكن هذا غير مقبول بعد تصريح الثقات بابن عباس كما ذكرنا وكذا رواه الطبرانى فى معجمه عن داود

فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه حتى العصافير

بن عبد الرحمن العطار عن معمر به مسندا وغاية ما فيه تعارض الوصل والارسال من الثقات والحكم فيه للوصل كما عرف وقد تأيد بعد تصحيحه باحاديث من طرق منها ما اخرجه اصحاب السنن الاربعة عن الحسن عن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وقول البيهقي واكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة معارض بتصحيح الترمذي له فانه فرع القول بسماعه منه مع ان الارسال عندنا وعند اكثر السلف لا يقدح مع انه قد يكون شاهدا مقويا فلا يضره الارسال ايضا اعترض الموصول السابق والمرسل الذي يرويه من يروي عن رجال الآخر وحديث آخر اخرج الترمذي عن الحجاج بن ارطاة عن ابي الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم بيع الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نساء ولا بأس به اذا كان يدا بيد وقال الترمذي حديث حسن صحيح كانه للخلاف في الحجاج بن ارطاة وحديث آخر اخرجه الطبراني عن ابن عمر نحوه سواء وقول البخاري مرسل وجوابه على نحو ما ذكرناه آنفا وتضعيف ابن معين لمحمد بن دينار لا يضر لذلك ايضا مع انه ليس كذلك اخرج الامام احمد ثنا حسين بن محمد ثنا خلف بن خليفة عن ابي جناب عن ابيه عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين فقال رجل يا رسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالافراس والنجيبة بالابل قال لا بأس اذا كان يدا بيد وحمل هذه الاحاديث على كون النهي فيما اذا كان النسيئة من الجانبين حتى يكون بيع الكالي بالكالي تقييد للاعم فانه عام من ذلك فلا يجوز المصير اليه بلا موجب فقال المصنف رحمه الله وصح ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان هو ما اخرجه الحاكم والدارقطني عن اسحق بن ابراهيم بن جوتي ثنا عبد الملك الذماري ثنا سفيان الثوري عن معمر عن يحيى بن ابي كثير عن عكرمة عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف في الحيوان وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وتضعيف ابن معين بن جوتي فيه نظر بعد تعدد ما ذكر من الطرق الصحيحة والحسان مما هو بمعناه يرفعه الى الحجة بمعناه لما عرف في فن الحديث وكذا يجب ان يرجح على حديث ابي رافع ان صح لانه اقوى سندا اعني حديث ابن حبان ولان المانع يرجح على المبيح وفي الباب اثر ابي حنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي قال دفع عبد الله بن مسعود الى زيد بن خويلد البكري مالا مضاربة فاسلم زيد الى عتريس بن عرقوب الشيباني في قلائص فلما حلت اخذ بعضها وبقي بعض فاعسر عتريس وبلغه ان المال لعبد الله فاتاه يسترفقه فقال عبد الله افعل زيد فقال نعم فارسل اليه فسأله فقال عبد الله اردد ما اخذت وخذ راس مالك ولا تسلمن مالنا في شيء من الحيوان قال صاحب التنقيح فيه انقطاع بين ابراهيم وعبد الله فانه انما يروي عنه بواسطة علقمة او الاسود الا ان هذا غير قادح عندنا خصوصا في ارسال ابراهيم النخعي فقد تعاضدت الاحاديث والطرق عن ابن عباس وسمرة وجابر وغيرهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في المطلوب وما ذكروا من معرفة البقرة بالوصف فانما ذكر الله عنهم اوصافا ظاهرة ليطبقوها على معين موجود ولا شك في ان هذا مما يحصل به المعرفة وكلامنا في انه ينتفي معه التفاوت الفاحش بين الوصف والمشخص مطلقا ممنوع وانما منعه صلى الله عليه وسلم وصف الرجل الحديث فلخوف الفتنة على التسامح وهي لا تتوقف على انتفاء التفاوت الفاحش من الوصف والشخص وما ثبوته في الذمة في المهر والدية ونحوها فان الحيوان فيه ليس مقابلا بالمال وهو ظاهر فيجري فيه المسامحة بخلاف المقابل بالمال فتجري فيه المشاحة فلا يصح قياسه

تجريا على موجب ذلك وقلنا ما وقع من الحيوان بدل مال كالمبيع منه فانه لا يجوز ان يثبت في الذمة لما يجري فيه من المشاحة عادة بخلاف غيره كالمهر وما معه فانه ليس عوضا عن مال خرج من يد الآخر فيجوز فعملنا بالآثار فيهما ولقائل ان يقول كون التفاوت بعد الاوصاف يفضي الى المنازعة ممنوع لان ذلك باعتبار الباطن ولا يلزم المسلم اليه سوى ما تضمن من الاوصاف الظاهرة فاذا انطبق المذكور منها على ما اتى به المسلم اليه لزم المسلم قبوله

قال ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع للتفاوت فيها اذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها **قال** ولا في الجلود عددا ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان يبين له طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت **قال** ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل

سواء كان التفاوت قليلا بحسب الباطن او كثيرا الا ان المعقود عليه ليس الا الموصوف فقط نعم لو عين من الصفات الذكاء وجودة الفهم والاخلاق الحسنة ينبغي ان لا يجوز لان ذلك لا يعرف الا بعد زمان الاختبار وبعده تجري المنازعة في ان اخلاقه ما هي وفي تحريرها فالمفزع في ابطال السلم في الحيوان ليس الا السنة وهكذا قال محمد بن الحسن لما ساله عمرو بن ابي عمرو قال قلت له انما لا يجوز في الحيوان لانه غير مضبوط بالوصف قال لا فانا نجوز السلم في الدبابيج ولا نجوز في العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف اهون من ضبط الدبابيج ولكنه بالسنة وفي مبسوط شيخ الاسلام والعصافير وان كانت من العدديات المتقاربة لكنه في معنى المنقطع لانها مما لا تقتنى ولا تحبس للتوالد ولا يتيسر اخذه ولا رجحان اخذه ليقام مقام الوجود بخلاف السمك الطري لرجحان امكان اخذه وهذا يقتضي جواز السلم فيما يقتنى منها كالحمام والقمري وهو خلاف المنصوص عن محمد وقد روي عن ابي يوسف ان ما لا تتفاوت آحاده كالعصافير يجوز السلم فيها وفي لحومها وهو مشكل على الدليل لانا ان عللناه بعدم الضبط فالعبرة لعين النص لا لمعنى النص ان اعتبرنا عمومه وجب ان لا يجوز فان قيل فالسمك الطري مخصوص من عموم الحيوان فجاز في العصافير قياسا على الثياب لقلة التفاوت قلنا انما يتم لو شرطيات السمك الطري في السلم فيه وليس كذلك بل كيف ما كان حتى لو شرط ذلك كان لنا ان نمنع صحة المسلم فيه **قوله** ولا في اطرافه اي لا يجوز السلم في اطراف الحيوان كالرؤس والاكارع وهو جمع كراع وهو ما دون الركبة في الدواب قيل المانع مبني على منع السلم في الحيوان وهذا بعاضه وليس بشيء لانها لا يصدق عليها الحيوان ان كان النهي تعبدا ولا المعنى ان كان معلولا بالتفاوت الفاحش لان ذلك انما يكون في حالة الحيوة وكان يلزم ان لا يجوز في الجلود ولكنه جائز بذكر الطول والعرض والنوع والجودة وكذا يجوز السلم في الجلود وزنا والمص انما ذكر في منعه انها عددية متفاوتة لا مقدار لها فامتنع السلم عددا او غير عدد لانتفاء المقدار وعندي لا باس بالسلم في الرؤس والاكارع وزنا بعد ذكر النوع وباقي الشروط فان الاكارع والرؤس من جنس واحد يتفاوت تفاوتا فاحشا وقول مالك بجوازه عددا بعد ذكر النوع لخفة التفاوت جيد لكن يراد انها رؤس عجاجيل والقاركنا ونحوه في الغنم فان التفاوت بعد ذلك يسير ولا في الجلود عددا وكذا الاخشاب والجوالقات والفراء والثياب المخيطة والخفاف والقلانس الا ان يذكر العدد ولتعدد التعدد في المسلم فيه ضبطا للكمية ثم يذكر ما يقع به الضبط كان يذكر في الجلود مقدارا من الطول والعرض بعد النوع كجلود البقر والغنم وكذا في الاديم فيقول طائفي او بزغالي وفي الخشب طوله وغلظه ونوعه كنقط او جوز ونحوه وقول بعضهم يجوز في الكاغد عددا محمول على ما بعد تسميته طوله وعرضه وثخنه ورقته ونوعه الا ان يغني ذكر نسبته عن قدره كورق حموي وفي الجوالق طوله وسعه وكذا كل ما كان مميزا له عن غيره قاطعا للاشتراك وكذا لا يجوز في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين طول ما يشد به الحزمة شبرا او ذراعا فيجوز اذا كان لا يتفاوت وليس المعنى انه لا يجوز السلم فيها اصلا بل لا يجوز بهذا العدد ولو قدر بالوزن في الكل جاز وفي ديارنا تعارفوا في نوع من الحطب الوزن فيجوز الاسلام فيه وزنا وهو اضبط واطيب وكون الوزن في شيء من بعض المقدرات لا يمنع ان يتعامل فيه بمقدار آخر اصطلحا عليه الا ان يمنع منه مانع شرعي كما قلنا في البيض كيلا ومن هنا كان ظاهر المذهب جواز السلم في الحنطة وزنا بخلاف ما اذا قوبل نحو الحنطة بجنسها وزنا وهو كيلي لما عرف في باب الربا اما السلم فليس يلزم فيه ذلك لان راس مال السلم في الحنطة لا يكون حنطة وقد رضيا بضبطه وزنا كيلا يصير تفاوت الحنطتين المتحدي الوزن كيلا وبهذا تضعيف رواية الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز في الحنطة وزنا وذكر قاضي خان ان الفتوى على الجواز لتعامل الناس ويجوز السلم في القت وزنا والرطبة القضب والجرز بضم الجيم وفتح الراء المهملة جمع جرزة وهي الحزمة من الرطبة كحزمة الريحان ونحوه واما الجزز بكسر الجيم وزايين اولهما مفتوحة فجمع جزة وهي الصوف المجزوز **قوله** ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل بكسر الحاء مصدر ميمي

حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز الطارى على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض

من المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك وهو موجود عند العقد والمحل لا يجوز وهو قول الاوزاعي وقال الشافعي ومالك واحمد واسحق اذا كان موجودا عند المحل جاز وان كان منقطعا وقت العقد او بينهما لان اشتراط الوجود للقدرة على التسليم وهو بالوجود وقت المحل فاشتراطه في غير ذلك بلا موجب بلا دليل فيبقى عدم دليل وجوده ولان نفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي ولهم ايضا اطلاق الحديث المتقدم اعني انه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة فوجدهم يسلفون في التمر السنة والسنتين والثلاث فافاض في بيان الشرط الشرعي فلم يزد على قوله من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم فلو كان عدم الانقطاع شرطا لبينه وحين لم يبينه لم يثبت بل يلزم انه ليس شرطا لسكوته عنه بعد شروعه في بيان ما هو شرط على ما عرف في مثله قلنا بل فيه مدرك شرعي وهو ما رواه ابو داود وابن ماجة واللفظ له عن ابن اسحق عن رجل نجراني قلت لعبد الله بن عمر اسلم في نخل قبل ان تطلع قال لا قلت لم قال لان رجلا اسلم في حديقة نخل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل ان تطلع النخل فلم تطلع النخل شيئا ذلك العام فقال المشتري اخره حتى تطلع فقال البائع انما النخل هذه السنة فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للبائع اخذ من نخلك شيئا قال لا قال بم تستحل ماله اردد عليه ما اخذت منه ولا تسلموا في نخل حتى يبدو صلاحه وجه الدلالة انه اولا يصدق على السلم اذا وقع قبل الصلاح انه بيع ثمرة قبل بدو صلاحها وفيه مجهول كما رايت والحديث المعروف وهو انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها فيكون متناولا للنهي ويدل عليه ما اخرج البخاري عن ابي البختري سالت ابن عمر عن السلم في النخل قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يصلح وعن بيع الورق نسأ بناجز وسالت ابن عباس عن السلم في النخل قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يوكل منه فقد ثبت عن هذين الصحابيين الكبيرين في العلم والتتبع انهما فهما من نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يصلح بيع السلم فقد دل الحديث على اشتراط وجوده عند العقد والاتفاق على اشتراطه عند المحل فلزم اشتراط وجوده عندهما على خلاف قولهم واما لزوم وجوده بينهما فاما لعدم القائل بالفصل لان الثابت قائلان قائل باشتراطه عند المحل فقط وقائل عندهما وفيما بينهما فالقول باشتراطه عندهما لا غير احداث قول ثالث او نقول ذلك بتعليل النص على اشتراطه عند العقد مع ان الاداء متاخر عنه فلا يضطر اليه عنده بان اشتراطه للقدرة على التسليم ظاهر في مدة الاجل لان الظاهر استمرار الموجود وبالاستمرار يتمكن من التحصيل فان اخذ السلم مظنة العدم وبالاخذ بذلك مظنة التحصيل شيئا فشيئا في مدة الاجل وباعتبار المظنة مناط الاحكام فلا يلتفت الى كون بعض من المسلم اليه قد يحصله دفعة عند حلول الاجل كالزراع واهل النخل فان ما يسلم فيه لا يحصى واكثرهم يحصل المسلم فيه بدفعات رأيت المسلم اليه في الجلود والذي عند حلول الاجل الف راس يعطي جلودها لرب السلم وكذا الاسماك المالحة والثياب والاخشاب للطاق والاعسال والمشاهد في بعض من له نخل او زيتون ان ياخذ اكثر ما يحصل له ليعطي ما يخرج له ويشتري الباقي وكثير ياخذون ليستربحوا في راس المال وينفقوا من فضل الكسب على عيالهم ويحصلون المسلم فيه قليلا قليلا لان وضع السلم شرعا لاعتبار ان ما ذكرنا فيكون هو السبب في اشتراط الشرع وجوده عند العقد ثم الانقطاع الذي يفسد العقد ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت ذكره ابو بكر البلخي وتواردوا عليه وفي مبسوط ابي اليسر لو انقطع في اقليم دون اقليم لا يصح السلم في الاقليم الذي لا يوجد لانه لا يحصل الا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم حتى لو اسلم في الرطب ببخارا لا يجوز وان كان يوجد بسجستان ولو انقطع بعد المحل اي حلول الاجل قبل التسليم لا يبطل العقد لكن رب السلم بالخيار ان شاء فسخ وان شاء انتظر وجوده وقال زفر يبطل العقد وهو قول الشافعي في رواية عن الكرخي العجز عن التسليم

قال ويجوز السلم في السمك المالح وزناً معلوماً وضرباً معلوماً لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم فيه عدداً للتفاوت قال ولا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه وزناً معلوماً وضرباً معلوماً لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقاً وانما يجوز وزناً لا عدداً لما ذكرنا وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتباراً بالسلم في اللحم عنده قال ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة رح وقالا اذا وصف من اللحم موضعاً معلوماً بصفة معلومة جاز لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزناً ويجري فيه ربوا الفضل بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه وله انه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته وفي سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته اما الوصف فلا يكتفى به

قبل القبض في المبيع العين فان الشيء كما لا يثبت في غير محله لا يبقى عند فواته كما لو اشترى الفلوس ثم كسدت قبل القبض بطل العقد فكذا هنا ولنا ان السلم قد صح ثم تعذر التسليم بعارض على شرف الزوال فيتخير المشتري كما لو ابق المبيع قبل القبض وهذا لان المعقود عليه هنا دين ومحل الدين الذمة وهي باقية فيبقى الدين ببقاء محله وانما تأخر التسليم اذا كان وجوده مرجواً بخلاف المبيع العين فان بهلاكه يفوت محل العقد وكذا الفلوس اذا كسدت فانها وان كانت في الذمة لكن الثمن الكائن فيها فلوس هي اثمان ولا وجود لها بعد الكساد فيفوت المحل ثم هو ليس على شرف الزوال بل الظاهر استمراره في الوجود بخلاف ما نحن فيه لان لادراك الزرع والثمار اواناً معلوماً وكذا الغير ها او ان يكثر وجودها فيه من السنة بعرض قوله ويجوز السلم في السمك المالح وزناً معلوماً وضرباً معلوماً اي نوعاً معلوماً كالبحري والبري ومن سمك الاسكندرية كالبنفس والدونس وغيرها لانه ح معلوم القدر مضبوط الصفة مقدور التسليم ولا يجوز السلم فيه عدداً للتفاوت واما الصغار فيجوز فيه وزناً وكيلاً وسواء فيه الطري والمالح في التحفة وفي المغرب سمك مليح ومملوح وهو المقدد الذي فيه الملح ولا يقال مالح الا في لغة رديئة قال بعض الشارحين لكن قال الشاعر بصرية تزوجت بصريا يطعمها المالح والطريا ثم نقل عن بعض المشائخ وكفى بذلك حجة للفقهاء وظاهر هذا الاستدراك انه ليس بردي ولم يجد سوى هذا البيت وهو لا ينافي قول المغرب الا في لغة رديئة وليس لهذا الاستدراك فائدة بل قال ابن دريد مليح ومليح وهو يلتفت الى قول الراجز يطعمها المالح والطريا ذاك مولد لا يؤخذ بلغته واما الطري فيجوز بيعه حين وجوده وزناً ايضاً فان كان ينقطع في بعض السنة كما قيل انه ينقطع في الشتاء في بعض البلاد فلا ينعقد في الشتاء ولو اسلم في الصيف وجب ان يكون منتهى الاجل لا يبلغ الشتاء وهذا معنى قول محمد لا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه يعني ان يكون السلم مع شروطه في حينه كيلا ينقطع بين العقد والحلول وان كان في بلد لا ينقطع جاز مطلقاً وزناً لا عدداً لما ذكرنا من التفاوت في احاده وعن ابي حنيفة في الكبار التي تقطع كما يقطع اللحم لا يجوز السلم في لحمها اعتباراً بالسلم في اللحم فانه يمنع السلم في اللحم وعن ابي يوسف منع السلم في الكبار وزناً مع اجازته في اللحم فان هناك يمكن اعلام موضع القطع الجنب او الظهر او الفخذ ولا يتأتى في السمك ذلك وطعن بعضهم على محمد في قوله في حينه لان الاصطياد يتحقق في كل حين مدفوع فان الانقطاع عدم الوجود في بعض البلاد وفي بعض السنة وهو لا يستلزم عدم الاصطياد دليره وما ذكره قوله ولا خير في السلم في اللحم وهذه العبارة تأكيد في نفي الجواز كقوله لا خير في استقراض الخبز وقول من قال ان المجتهد يقول فيما يستخرج من الحكم بالراي تحرزاً عن القطع في حكم الله بالراي بعيد فكل الاحكام القياسية المظنونة معبر عنها في الفقه بلا يجوز كذا ويجوز كذا وكلها من هذا القبيل لانه قد استقر عند اهل العلم انها مظنونات لا مقطوعات وايضاً المجتهد قاطع بان حكم الله في حقه ذلك وقالا اذا وصف من اللحم موضعاً معلوماً لكونه ذكراً وسميناً او خصياً او معلوفاً من نحو الضأن وسنه من ثني او من الفخذ او الكتف او الجنب مائة رطل وفي الحقائق والعيون الفتوى على قولهما وهذا على الاصح من ثبوت الخلاف بينهم وقد قيل لا خلاف فمنع ابو حنيفة فيما اذا اطلق السلم في اللحم وقولهما اذا بينا ما ذكرنا وجه انه موزون في عادة الناس مضبوط بما ذكرنا من الوصف وقوله ولهذا يضمن بالمثل الاستدلال على كونه موزوناً وكذا كونه مضموناً بالمثل جائز الاستقراض وما ذكرنا من العادة المستمرة فيه في سائر الاقطار قاطع فيه وما فيه من العظم غير مانع لانه اذا سمى موضعاً معلوماً وان فيه عظماً كان تراضياً عن قطعه لما تضمنه من العظم ولانه ثابت باصل الخلقة كالنوى في التمر ولذا جاز السلم في الالية مع انها لا تخلو من العظم والسلم بينها وبين الشحم بالاجماع بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه لان عضو الطير صغير وهذا انما هو في منعه مطلقاً وحاصل الكلام فيه ان الا يصاد من الطيور لا يجوز السلم فيه ولا في لحمه وما صيد قيل هو على الخلاف عندهما يجوز وعنده لا يجوز وقيل يجوز عند الكل لان

القدير

لا ينقطعن

قال ولا يجوز السلم الا مؤجلا وقال الشافعي يجوز حالا لاطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا قوله عليه السلام الى اجل معلوم فيما رويناه ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي **قال** ولا يجوز الا باجل معلوم لما رويناه ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة كما في البيع

ما فيه من العظم لا يعتبره الناس وهو الصحيح فيجب ان يكون محل ما في الكتاب من المنع مطلقا في مخلوع العظم فان القلة حينئذ ثابتة ثم بعبارة اذا اسلم في مائة رطل من لحم الدجاج مثلا ان يعين الموضع بعد كونه بعظم فان من الناس من لا يحب الصدر منها فيقول اوراكا او غير الصدر او بعض على صدور او اوراكها فان اطلق فقال من لحم الدجاج السمين يجب ان لا يجوز للمنازعة بسبب ما ذكرنا لاختلاف اعراض الناس ولابي حنيفة رحمه الله وجهان احدهما انه يقع سلما في المجهول لتفاوت اللحم بقلة العظم وكثرته بخلاف لحم السمك فان مضمونه من العظم قليل معلوم اهداره بين الناس ولذا هو فرق بين لحم السمك وغيره وقولهما اذا سمى موضعا كان تراضيا على قطع ما تضمنه العظم قلت المشاهد في بيع اللحم حالا بعظمه وجريان المماكسة بين البائع والمشتري حتى ان المشتري يستكثره ويمارسه فينزع بعضه والجزار يدسه عليه فكيف في الاجل المستاخر التسليم وعلى هذا الوجه يجوز السلم في مخلوع العظم وهو رواية الحسن عنه ثانيهما انه يختلف بحسب الفصول سمنا وهزالا فاذا سمى السمين قد يكون انتهاء الاجل في فصل الهزال وحاصل هذا الوجه انه سلم في المنقطع وعلى هذا لا يجوز في مخلوع العظم وهو رواية ابي شجاع عنه قال المص وهو الاصح لان الحكم المعلل بعلتين مستقلتين يثبت مع احدهما كما يثبت معهما وقولهما يضمن بالمثل ممنوع مما ذكر في باب الاستحقاق في الجامع الكبير فيمن غصب لحما فشواه ثم استحقه رجل لا يسقط ضمان الغصب وللمغصوب منه ان يضمنه قيمة اللحم قيل ولا توجد رواية بانه من ذوات القيم الا هنا من الجامع الكبير لكن ذكر صاحب الفتاوى الصغرى انه راى في وسط غصب المنتقى ان ابا يوسف روى عن ابي حنيفة اذا استهلك لحما قال عليه قيمته وحل عبارة المص ان القبض اي قبض اللحم القرض يعاين فيعرف مثله به اي بالمقبوض اما السلم فليس فيه مقبوض معاين بل مجرد وصف فلا يكتفي به الى آخر ما ذكرنا وكذا الاستقراض وزنا ايضا ممنوع بل ذاك مذهبهما وبعد التسليم اي تسليم ان ضمان اللحم بالمثل كما اختاره الاسبيجابي انه يضمن بالمثل الا ان ينقطع عن ايدي الناس وهو الوجه لان جريان ربا الفضل فيه قاطع فانه مثلي فيفرق بين الضمان والسلم بان المعادلة في الضمان منصوص عليها وتمام المعادلة بالمثل انه مثل صورة ومعنى اما القيمة مثل معنى فقط لان الموجب الاصلي رد العين والمثل اقرب الى العين بخلاف القيمة وكذا بتقدير تسليم استقراضه فالفرق بين السلم والقرض ان القبض في القرض معاين محسوس فامكن اعتبار المقبوض ثانيا بالاول اما السلم فانه يقع على الموصوف في الذمة وبالوصف عند العقد لا تعرف مطابقته للوجود عند القبض كمعرفة مطابقته بعد رؤية المقبوض الموجب المثل وهذا معنى قوله اما الوصف فلا يكتفى به اي لا يكتفي بالوصف في معرفة الموافقة بين الموصوف والمقبوض كما هو بين المقبوض اولا والمقبوض ثانيا ولما اهدر الشارع في باب الربا كون الجودة فارقا ثبت الربا بين لحمي نوع متفاضلا وان اختلف موضعها كلحم فخذ مع لحم ضلع **قوله** ولا يجوز السلم الا مؤجلا وهو مذهب مالك واحمد وقال الشافعي يجوز السلم الحال بان يقول مثلا اسلمت هذه العشرة في كر حنطة صفتها كذا وكذا الى آخر الشروط وبه قال عطاء وابو ثور وابن المنذر لاطلاق النص وهو قوله ورخص في السلم والظاهر انهم لا يستدلون به لانهم اهل حديث وهذا لا يثبت الا من كلام الفقهاء وانما الوجه عندهم انه لا دليل في اشتراط الاجل فوجب نفيه وربما استدلوا على نفيه بانه لو شرط الاجل لكان لتحصيل القدرة على التسليم التي هي شرط جواز العقد وهي ثابتة والظاهر من حال العاقد انه لا يلتزم تسليم ما لا يقدر عليه والغرض وجود المسلم فيه فيقدر عليه ولو لم يكن قادرا حقيقة فقد ثبتت قدرته بما دخل في يده من راس المال ولهذا اوجبنا تسليم راس المال بخلاف الكتابة الحالة فان العبد يخرج بالكتابة من يد مولاه من غير ان يدخل في ملكه شئ فلا يصير قادرا على تسليم بدل الكتابة واما استدلالكم بقوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم في شئ فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم فليس معناه الامر بالتاجيل

والاجل ادناه شهر وقيل ثلثة ايام وقيل اكثر من نصف اليوم والاول اصح ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه
معناه لا يعرف مقداره لانه يتأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة وقد مر من قبل ولابد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط
كالقصاع مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا روي عن ابي يوسف قال ولا في طعام
قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها لانه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم واليه اشار عليه السلام حيث قال ارأيت لو اذهب الله تعالى
الثمر بم يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخشمراني ببخارا والبساخي بفرغانة

في السلم فيمتنع الحال بل معناه من اسلم في كيل فليسلم في كيل معلوم او في موزون فليسلم في وزن معلوم او الى اجل معلوم فليكن الى اجل معلوم لانه
لو لم يكن كذلك لكان ايضا امرا بان يكون السلم في كيل او موزون فلم يجز في المعدود والمذروع لان النسق في الفصول الثلاثة واحد ونحن نقول
لا شك ان اهل الاجماع قاطبة في اخراجه من ذلك الحكم العام للترخيص للمفاليس المحتاجين الى نفقة عاجلة قادرين على البدل بقدرة اجله فلا تحقيق
محل الرخصة الا مع ذكر الاجل فلا يجوز في غيره وكونه قادرا حال العقد لم يتحقق المبيح في حقه ولما كان جوازه للحاجة وهي باطنة انيط بامر ظاهر كما هو المستمر
في قواعد الشرع كالسفر للمشقة ونحوه وهو ذكر الاجل فلم يلتفت بعد ذلك الى كون المبيع معدوما من عند المسلم اليه حقيقة او موجودا قادرا هو عليه فقول
المص ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص معناه لو لم يذكر الاجل والله تعالى اعلم وقولهم الغرر في السلم الحال اقل منه في المؤجل بعد ما ذكرنا لا يفيد
شيئا اعني بعد ما بينا ان شرعيته لدفع حاجة المحتاج الى المال العاجز عن العوض في الحال فان الغرر قد يحل فيه لتلك الحاجة وهي المنتفية في السلم
الحال **قوله** والاجل ادناه شهر الخ في التحفة لا رواية عن اصحابنا رضوان الله عليهم وفي المبسوط في مقدار الاجل واختلفت الروايات عنهم والاصح ما روي
عن محمد انه مقدر بالشهر لانه ادنى الآجل واقصى العاجل وقال الصدر الشهيد الصحيح ما روي عن الكرخي انه مقدار ما يمكن تحصيل
المسلم فيه وهو جدير ان لا يصح لانه لا ضابط محقق فيه وكذا ما عن الكرخي من رواية اخرى انه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى
عرف الناس في تأجيل مثله كل هذا تنفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان وفي الايضاح فان قدر النصف
يوم جاز وبعض اصحابنا قدروا بثلاثة ايام استدلالا بمدة خيار الشرط وليس بصحيح لان التقدير ثمة بالثلاثة بيان اقصى
المدة فاما ادناه فغير مقدار انتهى والتقدير بالثلاث مروي عن الشيخ ابي جعفر احمد بن ابي عمران استاذ الطحاوي وصحح المص الاول
لانه مروي عن محمد ولانه مأخوذ من مسئلة اليمين وهي ما اذا حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه فكان ما دون الشهر في حكم
العاجل فالشهر وما فوقه آجل قالوا وعليه الفتوى **قوله** ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه قال المص معناه اذا كان لا يعرف
مقداره اما اذا عرف فيجوز لضبط المقدار لو تلف ذلك المكيال والذراع وانما لا يجوز لما ذكرنا من احتمال هلاك ما قدر به فيتعذر الايفاء قال وقد مر
من قبل يريد اول كتاب البيوع وهو قوله ويجوز البيع باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه الى ان قال بخلاف السلم الخ وقد روي عن ابي حنيفة
انه لا يجوز ايضا في بيع العين بالعين لانه بيع ليس بمكايلة ولا مجازفة وبيع الحنطة انما يجوز على احدهما والصحيح الاول والحصر ممنوع وبتقدير التسليم فهذا
بيع مجازفة ثم لابد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع والحديد والخزف مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والغرارة لا يجوز للمنازعة
عند التسليم الا في قرب الماء فيما روي عن ابي يوسف للتعامل فيه فانه اجازه وهو ان يشتري من سقاء كذا كذا قربة من ماء النيل او غير ذلك مثلا
بهذه القربة وعينها جاز البيع ومقتضى القاعدة المذكورة ان لا يجوز اذا عين هذه القربة ولكن بمقدارها والله اعلم والزنبيل بالفتح بلا تشديد
بالكسر مع تشديد الباء يقال زنبيل **قوله** ولا في طعام قرية بعينها كحنطة بلدة البهنسين او المحلة ببلاد مصر او ثمرة نخلة بعينها او بستان بعينه لانه قد تعتريه آفة
فتنتفي قدرة التسليم قال المص واليه اشار صلى الله عليه وسلم ارأيت لو ذهب ثمرة هذا البستان ثم يستحل احدكم مال اخيه فان معنى هذا لانه لا يستحق
بهذا البيع ثمنا ان لم يخرج ذلك البستان شيئا فكان في بيع ثمر هذا البستان غرر الانفساخ فلا يصح بخلاف ما اذا اسلم في حنطة صعيدية او
شامية فان احتمال ان لا ينبت في الاقليم برمته شيء ضعيف فلا يبلغ الغرر المانع من الصحة فيجوز فهذا الحديث يفيد عدم صحة البيع سواء

قال ولا يصح السلم عند ابى حنيفة الا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا حنطة او شعير ونوع معلوم كقولنا سقية او بخسية وصفة معلومة كقولنا جيد او ردى ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف او كذا وزنا واجل معلوم والاصل فيه ما رويناه والفقه فيه ما بيناه ومعرفة مقدار راس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذى يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج الى تسمية راس المال اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم ويسلمه فى موضع العقد فهاتان مسئلتان ولهما فى الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة وصار كالثوب وله انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل فى المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدرى فى كم بقى او ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد راس المال

كان وروده فى السلم او فى البيع مطلقا والواقع ان سناه ورد فى السلم وفى البيع مطلقا اما فى السلم فما قدمناه من حديث ابى داؤد وابن ماجة فى الذى اسلم فى تلك الحديقة النخل فلم يطلع شئ فاراد المسلم اليه ان يمنعه الثمن الذى كان اخذه وقال انما النخل هذه السنة حيث قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذ من نخلك شيئا قال لا قال بم تستحل ماله اردد عليه ما اخذت منه الحديث واما فى مسلم عن جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو بعت من اخيك تمرا فاصابته جائحة فلا يحل لك ان تاخذ منه شيئا بم تاخذ مال اخيك بغير حق فيصدق على كل من السلم والبيع ويمكن ان يكون دليلا على ان هلاك المبيع يبطل البيع ويوجب رد الثمن فهو دليل هذه المسئلة ايضا وفى الصحيحين عن انس ان النبى صلى الله عليه وسلم قال ان لم يثمرها الله فبم يستحل احدكم مال اخيه هذا فلو كانت نسبة الثمرة الى قرية بعينه لبيان الصفة لا لتعيين الخارج من ارضها بعينه كالخشمرانى ببخارا والبساخى وهى قرية حنطتها جيدة بفرغانة لا باس به ولانه لا يراد خصوص النابت هناك بل الاقليم ولا يتوهم انقطاع الحنطة هناك لانه اقليم وكذا اذا قال من حنطة هراة يريد هراة خراسان ولا يتوهم انقطاع طعام اقليم بكماله فالسلم فيه وفى طعام العراق والشام سواء وكذا فى ديار مصر فى قمح الصعيد والذى فى الخلاصة ذكر معناه فى المجتبى وفى غيره لو اسلم فى حنطة بخارا او حنطة سمرقند او اسبيجاب لا يجوز لتوهم انقطاع ولو اسلم فى حنطة هراة لا يجوز او فى ثوب هراة وذكر شروط السلم يجوز لان حنطتها يتوهم انقطاعها اذ الاضافة لتخصيص البقعة فيحصل السلم فى موهوم الانقطاع بخلاف اضافة الثوب لانها لبيان الجنس والنوع لا لتخصيص المكان وكذا لو اتى المسلم اليه فى ثوب هروى بثوب نسج فى غير ولاية هراة من جنس الهروى يعنى من صفته ومؤنته يجبر رب السلم على قبوله فظهر ان المانع والمقتضى العرف فان تعورف كون النسبة لبيان الصفة فقط جاز والا فلا يبينه ما فى الخلاصة قال لو كان ذكر النسبة للبيان لا لتعيين المكان كالخشمرانى فانه يذكر لبيان الجودة لا يفسد السلم وان كان يتوهم انقطاع حنطة ذلك الموضع مثل الثوب جاز السلم والا لا اما السلم فى الحنطة الصعيدية والعراقية والشامية فلا شك فى جوازه وفى شرح الطحاوى لو اسلم فى حنطة حديثة قبل حدوثها فالسلم باطل لانها منقطعة فى الحال وكونها موجودة فى وقت العقد الى وقت المحل شرط لصحة السلم قوله ولا يصح السلم عند ابى حنيفة الا بسبع شرائط تذكر فى العقد واما عندهما فهى الخمس الاولى ولا شك ان للسلم شروطا غيرها ولكن لا يشترط لصحة السلم ذكرها فى العقد بل وجودها والشرائط جمع شريطة فقول بعضهم فى بعض النسخ سبع وهو الاصح ليس كذلك بل سبعة على تقدير كون المعدود شرطا وسبع على تقدير كونه شريطة وكل وارد على اعتبار خاص والمعروف من النسخ ليس الا المشهور سبع شرائط جنس معلوم كحنطة او شعير ونوع معلوم كسقية وهو ما يسقى سيحا او بخسية وهى ما تسقى بالمطر نسبة الى البخس لانها مبخوسة الحظ من الماء بالنسبة الى السيح غالبا وصفة معلومة كجيد وردى ووسط ومشعر سالم من الشعير ومقدار معلوم كذا كيلا بمكيال معلوم فهذه اربعة يشترط فى كل من راس المال والمسلم فيه فهى ثمانية بالتفصيل فان ما يجوز كونه مسلما فيه يجوز كونه راس مال السلم ولا ينعكس فان النقود يكون راس مال ولا سلم فيه والخامس اجل معلوم والاصل اى فى اشتراط هذه الخمسة ما رويناه يعنى قوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم الحديث نص على شرط القدر المعلوم والاجل المعلوم وثبت باقى الخمسة بالدلالة لظهور ارادة الضبط المنافى للمنازعة وقوله والفقه ما بيناه يعنى قوله ولان الجهالة مفضية الى المنازعة والسادس ذكر مقدار راس المال اذا كان راس المال بحيث يتعلق العقد على قدره يعنى ينقسم اجزاء المسلم فيه على اجزائه وهو ان يكون الثمن من المكيلات او الموزونات او المعدودات المتقاربة وهذا شرط فى المسلم فيه اتفاقا فصارت احد عشر شرطا والثانى عشر تسمية مكان الايفاء وهو يخص المسلم فيه والثالث عشر ان لا يشتمل البدلين احدى علتى الربا لان انفراد احدهما يحرم

والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد
على مقداره ومن فروعه اذا اسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما ولهما
في الثانية ان مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير اول اوقات
الامكان في الاوامر وصار كالقرض والغصب ولابي حنيفة رح ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب
واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة

النساء وان لا يكون فيه خيار شرط والرابع عشر ان يتعين المسلم فيه بالتعيين فلا يصح السلم في الدراهم والدنانير وتقدم في البر روايتان والخامس عشر
انتقاد الثمن على قول ابي حنيفة كذا ذكروا والسادس عشر اشتراط بسبب اشتراطه الاجل اعلام قدره والسابع عشر تسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان للمسلم فيه حمل ومؤنة اي
اذا كان نقله يحتاج الى اجرة ونحوه لنقله وقالا لا يحتاج الى تسمية رأس المال اذا كان معينا يقبضه وقته ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان
مسئلتان خلافيتان بينه وبينهما اما في الاولى ولقولهما قال مالك واحمد والشافعي في قول ان المقصود في اعلام قدر رأس المال وهو التسليم بلا منازعة
يحصل بالاشارة الى العين والثمن المعجل فاغنى عن اعلام قدره وصار كثمن المبيع المعجل والاجرة الموجبة في الاجارة والمضاربة اذا دفع الى آخر
دراهم معينة غير معلومة المقدار مضاربة بالنصف فانه جائز وكرأس المال الذي لا ينقسم المسلم فيه عليه كالثوب والعبد فانه لا يشترط فيه اعلام كمية
ذرعانه بالاتفاق وله ما روي عن ابن عمر رضي انه قال به وقول الفقيه من الصحابة رض مقدم على القياس والقياس على المسلم فيه بجامع انه عوض ثانيا وله عقد
السلم ولان جهالة قدر المسلم فيه مانع اتفاقا وجهالة رأس المال مؤدية اليه ولا يؤدي الى الممتنع شرعا ممتنع شرعا بيان تاديته اليه انه ربما ينفق رأس المال
كما ينفقه المحتاجون فربما يظهر فيه زيوف فيختار الاستبدال به ورده وقيل يكون اكثر رأس المال زيفا فانه اذا رده واستبدل بها في المجلس يفسد
السلم عند ابي حنيفة لانه لا يجوز الاستبدال في اكثر من النصف خلافا لهما وقد لا يتفق الاستبدال بها في مجلس الرد فينفسخ العقد في مقدار ذلك
فاذا لم يكن قدر الكيل معلوما لم يدر في كم انفسخ وفي كم بقي فيصير المسلم فيه مجهول المقدار وكذا لو استحق بعضه يلزم هذا ايضا وهذا وان كان موهوما
فالموهوم في هذا العقد له حكم المعلوم لشرعه مع المنافي وهو كون المبيع معدوما فان ما يشرع كذلك يكون ضعيفا في الشرعية فيؤثر فيه توهم العذر
المذكور وهو في الحقيقة تعليل قوله صلى الله عليه وسلم ارايت ان اذهب الله ثمرة هذا الحائط بما يستحل احدكم مال اخيه بخلاف ما اذا كان رأس المال
ثوبا لان الذرع وصف فيه وكذا لو اشتراه على انه عشرة فاذا هو خمسة عشر كان كله له والمبيع لا يقابل الاوصاف فلا يتعلق العقد على قدره ولهذا
لو ظهر الثوب او الحيوان المجعول رأس مال مخرقا او سمي عددا من الذرعان فيه فوجده المسلم اليه انقص او بعض اعضاء الحيوان تالفا
لا ينتقص من المسلم فيه شيء بل المسلم فيه بالخيار ان شاء رضي به بكل المسلم فيه وان شاء فسخ لفوات الوصف المرغوب فيه واستشكل بان
هذا اعتبار بشبهة الشبهة او انزل منها فان في وجود الزيف احتمالا ثم اختيار الرد لذلك ثم عدم الاستبدال به في مجلس الرد فيه ايضا
ذلك والمعتبر الشبهة لا النازل كما افاده الحديث فان المعتبر فيه الشبهة لا غير وهو احتمال ان لا يخرج الثمرة اجيب تارة انها شبهة واحدة
فان الكل مبني على وجود الزيف وتارة بان السوال فاسد لان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت كالنقد مع النسيئة وليس هذا كذلك
وانما اعتبر الموهوم بالنص المذكور على ان طريق ما انحصر في وجود الزيف بل ظهور استحقاق رأس المال كما ذكرنا انه طريق ومما يدل على صحة
اعتبار الموهوم في هذا العقد اجماعنا على انه لا يصح السلم لبطلان العقد في حصة ما لم يعلم قدره فيبطل في الآخر ايضا لاتحاد الصفقة او لجهالة
صحة الآخر من المسلم فيه فيكون المسلم فيه مجهولا ولهما في المسئلة الثانية وهي اشتراط مكان التسليم فيما له مؤنة ان مكان العقد يتعين لاتفاق
لوجود العقد لما صح اشتراط غيره فان تغيير مقتضى العقد مردود او هو مفسد على ما هو رواية عن احمد رح وصار كانصرافه الى غالب نقد البلد
ما لم يسميا نقدا غيره فينصرف اليه ويلحق بالثمن فان العقد يقتضيهما معا فلما اقتضى وجوب تسليم الثمن في مكان العقد وجب في الآخر
ذلك وصار المكان كالزمان الذي هو اول اوقات الامكان حيث يتعين للوجوب لعدم المزاحم او لا دارسه على قول الكرخي في الامر

يوفى هذا قال من قال من المشائخ ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما فى الصفة وقيل على عكسه لان تعين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك فى الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسى رح وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للايفاء

المطلق والتقرير ان التسليم يحتاج الى مكان وهذا المكان لا يزاحم فيه غيره فيتعين كاول اوقات الامكان والحاقا ايضا بالقرض والغصب والاستهلاك حيث يجب التسليم فى مكان الغصب والقرض والاستهلاك ويرد ان يكون تعيين غير مكان العقد غير مفسد ينتقض بما اذا اشترى كذا وشرط على البائع حمله الى منزله فيفسد سواء اشتراه فى المصر او خارجه اجيب بالفرق بان المشترى يملك العين بمجرد شرائها فاذا شرط حملها فقد شرط حملا فى ملكه مع الشراء ثم سمى الثمن فى مقابلة ذلك كله فصار بائعا آجرا ومشتريا مستاجرا معا فهو صفقة فى صفقة فيفسد اما عقد السلم فلا يملك المشترى به العين لان المعقود عليه دين لا عين فانما يملك العين بالقبض بالنقل من مكان الى آخر عمل من البائع فى ملك نفسه فلا يكون بائعا واجرا واورد ايضا فى الفوائد الظهيرية عن محمد ما يدل على عدم تعيينه فانه قال فى رجل باع طعاما والطعام فى السواد ان كان المشترى يعلم مكانه فلا خيار له وان لم يعلم فله الخيار ولو تعين زمان البيع مكانا للتسليم لم يكن له خيار ثم قيل انما يجوز البيع اذا كانت جوالق الحنطة فى بيت واحد فان كانت فى مصر وسواد فالبيع فاسد لافضائه الى المنازعة لان المشترى يطالبه بالتسليم فى اقرب الاماكن والبائع يسلمه اليه فى الابعد وهذا كله ولئن ان مكان البيع لا يتعين اجاب بانه انما يتعين اذا كان المبيع حاضرا والمبيع فى السلم حاضر لانه فى ذمة البائع وهو حاضر فى مكان العقد فالمبيع حاضر بحضوره وفى بيع العين اذا كان ولابى حنيفة ان التسليم فى السلم غير واجب فى الحال فلا يتعين مكان العقد بخلاف القرض والغصب فان التسليم فيهما واجب فى الحال فيتعين مكان سبب الوجوب فى الحال وكذا اندفع قياسه على راس مال السلم فانه يجب تسليمه فى الحال وتضمن منع ما قالا من ان وجود العقد الموجب للتسليم يوجب تعيين مكانه بل العقد يوجب التسليم فقط الا ان اقتضى امر آخر تعيين مكانه فاذا لم يتعين فالجهالة تفضى الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن فلا بد من البيان دفعا للمنازعة لان المسلم اليه يطالبه بالتسليم فى مكان يسقط عنه فيه مؤنة الحمل وترفع قيمته والمسلم اليه على عكسه وبخلاف راس المال لان تسليمه واجب للحال اذا فترقا والحاقه بالامر فى تعيين اول الاوقات بلا جامع لكن لا يخفى ان قوله التسليم غير واجب للحال فلا يتعين مكان العقد ما يرد عليه المنع اذ لا ملازمة تظهر وما المانع من تعيينه مع تاخر التسليم حتى اذا حل الاجل وجب تسليمه فى ذلك المكان فالاولى ان يقتصر على منع تعيين العقد المكان والحاقها بالاستهلاك والقرض لظهر الفارق بينهما وبين السلم والثمن فى العين محل النزاع لان ابا حنيفة فى الصحيح عنه يرى انه لا يتعين ايضا اذا كان موجلا وانه يجب تعيينه ايضا كما سيذكر المص وبراس مال السلم يمنع فيه حكم الاصل فانا لا نعين مكان العقد لتسليم راس مال السلم بل ان يقبضه قبل الافتراق لنفى بيع الكالى بالكالى فلو عقد السلم ومشيا فرسخا ثم سلمه اليه قبل ان يفارقه جاز وقولهم الموجب للتسليم وجد فيه قلنا نعم لا يستلزم وجود الموجب فى مكان ان يوجب مقتضاه فى ذلك المكان فانه لا ملازمة عقلية فى ذلك اذ يجوز ان يوجد فى مكان آخر سواء اثره الايجاب مطلقا فلا يثبت هذه الملازمة الا سمعا

قوله وعن هذا اى وعن كون المكان يوجب اختلاف القيمة قال من قال من المشائخ ان الاختلاف فيه يوجب التحالف عنده كما لو اختلفا فى صفة الثمن او المثمن فان اختلاف الصفة يوجب اختلاف القيمة فهو كما اذا اختلفا فى جودته ورداءته وقيل على عكسه اى لا يوجب التحالف عنده بل القول قول المسلم اليه لان تعيين المكان ليس قضية العقد عنده وعندهما يتحالفان بان تعيين المكان لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من مقتضيات العقد والاختلاف فيها يوجب التحالف بالاجماع هكذا هنا قال وعلى هذا الاختلاف الثمن فى البيع الناجز اذا كان له مؤنة حمل وهو موجل فى بيع العين والاجرة بان استاجر دارا مثلا بمال له مؤنة حمل وهو موجل عنده يشترط بيان مكان تسليمها وعندهما لا والقسمة فيما

قال وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع لانه لا تختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه قال رضي الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات انه يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو عينا مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا **قال** لا يصح السلم حتى يقبض راس المال قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي عليه السلام عن الكالئ بالكالئ وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل بآجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم راس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض

اذا اقتسما دارا وجعل مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن بالاجماع والصحيح انه يشترط عنده اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار في القسمة ومكان تسليم الدابة في الاجارة للايفاء **قوله** وما لم يكن له حمل ومؤنة كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ يعني القليل منه والا فقد يسلم في امنان من الزعفران كثيرة تبلغ احمالا وكذا المسك وصغار اللؤلؤ لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء عندهم وهو الاصح من قول الشافعي ويوفيه في المكان الذي اسلمه فيه وكما قلنا يتعين مكان العقد معناه اذا كان مما يتأتى التسليم فيه فاما اذا اسلم اليه وهما في مركب في البحر او جبل فانه يجب في اقرب الاماكن التي يمكن فيها منه قال المص وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع يعني من اصل المبسوط وذكر في الاجارات من اصل المبسوط يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح والاصح من قولي الشافعي ايضا لان الاماكن كلها سواء اذ المالية لا تختلف باختلاف الاماكن فيما لا حمل له ولا مؤنة بل بعزة الوجود وقلته وكثرة رغبات الناس وقلتها بخلاف ما له مؤنة فان الحنطة والحطب يوجد في المصر والسواد ثم يشترى في المصر باكثر مما يشترى في السواد ولو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيده والشرط الذي لا يفيد لا يجوز وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق وهو الاصح وبه قال الشافعي واحمد ذكره في التحفة ثم لو عينا المصر في ما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا يعني القيمة لا تختلف باختلاف المصر الواحد عادة قيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين جوانبه نحو فرسخ لا يجوز الا ان يبين لانه يفضي الى المنازعة ذكره في المحيط ولو شرط ان يوفيه في مكان ثم يحمله الى منزله لا خير فيه ولو شرط الحمل الى منزله ابتداء قيل يجوز استحسانا وروى البلخي عن اصحابنا انه لا يجوز السلم وقيل انما لا يجوز قياسا اذا شرط الايفاء في موضع ثم يحمل الى منزله اما لو شرط الايفاء في منزله فيجوز قياسا واستحسانا وفي بيع العين لو شرط على البائع في المصر ان يوفيه الى منزله والعقد في مصر جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف استحسانا وعند محمد لا يجوز هذا اذا لم يكن بين جوانب المصر مسافة بعيدة فان كان لا يجوز البيع ولو اشترى طعاما بطعام من جنسه وشرط احدهما التوفية الى منزله لم يجز بالاجماع كيف ما كان ولو شرط ان يوفيه الى مكان كذا فسلمه في غيره وذكر الكراء الى الموضع المشروط صار قابضا ولا يجوز اخذ الكراء وان شاء رده اليه ليسلمه في المكان المشروط لانه حقه **قوله** ولا يصح السلم حتى يقبض راس المال قبل ان يفارقه بهذا تحقيقه ان قبض راس المال قبل الافتراق شرط بقاء العقد على الصحة اما اذا كان راس المال من النقود فلانه لو لم يقبض افترقا عن دين بدين لانها لا تتعين فلا يقع العقد الا على دين في الذمة يقع بدفع العين المقاصة عنه وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ اي النسيئة بالنسيئة الا ان مالكا يجيز التاخير ويقول اذا لم يشترط التاجيل لا يخرجه الى الدين عرفا وبقولنا قال الشافعي واحمد وان كان عينا ففي القياس لا يشترط تعجيله لان عدم تسليمه لا يؤدي الى بيع دين بدين بل بيع عين بدين وفي الاستحسان يشترط اعمالا لمقتضى الاسم الشرعي لان الاسلام والاسلاف في كذا ينبئ عن تعجيل المسلم دون الآخر لان وضعها في الاصل لاخذ عاجل بآجل فالشارع قرره كذلك فيجب ان يثبت على اعتبار المعنى الذي اعتبر فيها ولو فرضنا فرضنا انها صارت اعلاما فاصل الوضع كان باعتبار ما اعتبر في معناها من الاحكام فلزم التعجيل ولانه لا بد من تسليمه ليتقلب فيه المسلم اليه اذ الغرض افلاسه وحاجته فيتقلب فيه ليقدر على تحصيل المسلم فيه الى الاجل ولهذا اي لاشتراط التسليم قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم الذي هو الملك وهذا على قول ابي حنيفة ظاهر فانه وان خرج البدل من ملك من لم يكن له حق خيار لم يدخل في ملك الآخر وعلى قولهما هو ملك متزلزل فانه بعرضية ان يفسخ من له الخيار فلا يتم القبض لان تمامه مبني على تمام الملك في المقبوض هذا بخلاف الاستحقاق فان راس المال اذا ظهر مستحقا لم يمنع استحقاقه من تمام قبضه لجواز اجازة المالك حتى لو اجاز وقبضه صح العقد وان كان الاستحقاق يمنع الملك لان منعه الملك ليس لقضيته السبب بل

ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافاً لزفر وقد مر نظيره وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طار اذ السلم وقع صحيحاً ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع الا ترى انهما لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحاً

وجد مطلقا لا مانع فيه سوى تعلق حق الغير وجاز ان يجيز ذلك الغير فاذا اجاز التحقت الاجازة بحالة العقد بخلاف خيار الشرط فان عدم الملك قضيته السبب نفسه ويجعله في حق الحكم كالمعلق بشرط سقوط الخيار وكان تأثيره اكثر من تأثير عدم القبض فكان اولى بالابطال من عدم القبض وهذا لان المعلق بالشرط معدوم قبله فلا حكم اصلا وهو الملك فلا قبض ولذا قلنا ان اعتاق المشتري لا يصح ولا يتوقف اذا كان في البيع خيار للبائع واعتاق المشتري من الفضولي يتوقف ولذا لا يثبت فيه اي في السلم خيار رؤية بالاجماع لانه غير مفيد اذ فائدة خيار الرؤية رد المبيع والمسلم فيه دين في الذمة فاذا رد المقبوض عاد دينا كما كان لانه لم يرد عين ما تناوله العقد فلا ينفسخ العقد برده بل يعود حقه في مثله ولان اعلام الدين ليس الا بذكر الصفة فقام ذكر الصفة مقام ذكر العين فلا يتصور خيار رؤية ذكره في الكافي ولا يشكل بالاستصناع فانه دين في ذمة الصانع ويجري فيه خيار الرؤية يعني اذا رده يأتي به فينفسخ لانا لا نسلم ان المبيع فيه الدين في ذمة الصانع بل العين كما سيأتي واما خيار الرؤية في رأس المال فصحيح لانه لا يمنع ثبوت الملك ذكره في التحفة وهذا اذا كان عينا مثليا او قيميا بخلاف خيار العيب في المسلم فيه فانه يصح لانه لا يمنع تمام القبض لان تمامه بتمام الصفقة وتمامها بتمام الرضى وهو تمام وقت العقد **قوله** ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس مال السلم قائم جاز السلم خلافا لزفر وانما قيد بقيام رأس المال لانه لو اسقطاه بعد انفاقه او استهلاكه لا يعود صحيحا اتفاقا لانه بالهلاك صار دينا في ذمة المسلم اليه ولو صح كان برأس مال هو دين وذلك لا يجوز كما لا يجوز في ابتداء العقد ولانه الآن في معنى الابتداء اذ قبل الاسقاط لم يكن للعقد وجود شرعا وقول الشافعي ومالك كقول زفر وقد مر نظيره في باب البيع الفاسد وهو ما اذا باع الى اجل مجهول ثم اسقط الاجل قبل حلوله ينقلب جائزا عندنا خلافا لهم قال المصنف وجملة الشروط جمعوها الى آخره فاعلام رأس المال يشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه وقدره وتعجيله تتم خمسة ومن صفته ان يذكر من النقد الفلاني اذا كان في البلد نقود مختلفة المالية متساوية في الرواج كقولنا عدلية او غطريفية فان لم تختلف وتساوت رواجا يعطيه من ايها شاء ولو تفاوتت رواجا انصرف الى غالب نقد البلد كما في البيع وينبغي في ديارنا اذا سمي مؤيدية يعطيه الاشرفية والجقمقية لتعارف تسمية الكل مؤيدية والاستواء في المالية والرواج واعلام المسلم فيه يشتمل على مثلها خلا التعجيل وتأجيله وبيان مكان الايفاء تتم احد عشر واما القدرة على تحصيله فالظاهر ان المراد به عدم الانقطاع فان القدرة بالفعل في الحال ليس هو شرطا عندنا ومعلوم انه لو اتفق عجزه عند الحلول وافلاسه لا يبطل السلم وقد بقي ما قدمناه من كون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز في النقود وان لا يكون حيوانا وانتقاد رأس المال اذا كان نقدا عند ابي حنيفة خلافا لهما وان لا يشمل البدلين احدى علتي الربا وعدم الخيار فظهر ان قوله وجملة الشروط لم يتم ثم فرع على اشتراط القبض في السلم انه لو اسلم مائتين في كر حنطة منها مائة دين على المسلم اليه ونقده مائة ان السلم في حصة الدين باطل لفوات قبضه ولا يشيع الفساد في الكل خلافا لزفر وجه قوله انه فساد قوي لتمكنه في صلب العقد وايضا قد جعل قبول العقد في حصة الدين شرطا لقبوله في حصة النقد فهذا شرط فاسد ولنا ان الفساد طار فلا يشيع في غير محل المفسد اما ان اضاف العقد الى مائتين مطلقة بان قال اسلمت اليك مائتين في كذا ثم جعل احدهما الدين فظاهر واما ان اضاف الى الدين والعين جميعا بان قال اسلمت مائة الدين وهذه المائة في كذا فكذلك وان قيل يفسد في الكل عند ابي حنيفة لما ذكرنا من اشتراط القبول في حصة الدين والصحيح ان الجواب فيهما عدم الفساد عنده لان العقد لا ينعقد بالدين ولو قيد به بدليل ان من اشترى عبدا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد الا اذا كانا يعلمان عدم الدين فيفسد لامر آخر وهو انهما حينئذ هازلان بالبيع حيث عقدا بيعا بلا ثمن بخلاف ما لو

نسخة

قال ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض اما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا يجوز الشركة والتولية في المسلم فيه لانه تصرف فيه فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه براس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله عليه السلام لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اي عند الفسخ ولانه اخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل راس المال مبيعا لانه دين مثله الا انه لا يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر والحجة عليه ما ذكرناه

كانت المائة على ثالث فانه يشيع بالفساد ولذا قيد المصنف كون المائة دينا على المسلم اليه لان المائة على الاجنبي ليست مالا في حقهما وحين لم يتقيد بالدين لم يتحقق الفساد بمجرد ذكر ذلك بل بالافتراق بلا قبض تلك المائة ولهذا لو نقل المائة قبل الافتراق صح السلم ويرد لم يلزم قوله جعل القبول في الفاسد شرطا الى آخره اذ لم يلزم الفساد بالاضافة لفظا الى الدين وكان الفساد طاريا بلا شبهة وقال في المنظومة: ان كان راس المال نوعين نقد هذا او دين ذاك فالكل فسد ان لم يبين قسط ذا وقسط ذاك البر في الشعير والزيت كذا فاستشكل على مسئلة الكتاب فقيل انما قيد بالنوعين لانه اذا كان من جنس واحد لا يتعدى الفساد كما ذكر في الهداية واستشكله صاحب الحواشي على قول ابي حنيفة رحمه الله لان عنده اذا ورد العقد على شيئين وفسد في احدهما يفسد في الآخر لانه يصير قبول الفاسد شرطا الخ وقال الا ان هذا في الفساد المقارن الذي يكون في صلب العقد لا في الطارئ وهنا طار لان قبض راس المال شرط لبقاء العقد على الصحة اما العقد في نفسه فصحيح واستشكله الشيخ حافظ الدين في المستصفى بان هذا يقتضي ان لا يفسد في حصة النقد اذا كان راس المال نوعين ايضا ثم قال يحتمل ان الفساد باعتبار ان معرفة راس المال شرط عنده ولم يبين حصة كل منهما من المسلم فيه فهي المسئلة التي قدمها المصنف تفريع على اشتراطه معرفة مقدار راس المال اذا كان مما يتعلق العقد على قدره فاذا قوبله بشيئين كان الانقسام بطريق القيمة وذلك يعرف بالحزر والظن وهو مجهول انتهى وهو جيد اذ فرعه على اشتراطه معرفة مقدار راس المال الا ان على هذا لا حاجة الى تقييد المنظومة بكون احدهما دينا فانه لو كان عينين فسد فيهما لذلك ايضا **قوله** لا يجوز التصرف في راس المال لا المسلم فيه قبل القبض اما الاول وهو راس المال فان ما لا يجوز للمسلم اليه التصرف قبل قبضه لما في ذلك من تفويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعا قبل الافتراق واما الثاني وهو المسلم فيه فانه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز لما تقدم من الدليل فلا تجوز هبته ولا الاستبدال به اما لو دفع المسلم اليه ما هو اردأ من المشروط فقبله رب السلم او اجود فانه يجوز ولا يكون له حكم الاستبدال فانه جنس حقه فهو كترك لبعض حقه واسقاطه في حق رب السلم ومن حسن القضاء في حق المسلم اليه وقول القدوري بعد ذلك ولا تجوز الشركة ولا التولية مع دخولهما في عموم التصرف في المسلم فيه لقرب وقوعهما في المسلم فيه بخلاف المرابحة والوضيعة فانه غير معتاد ولانه دين وفي الوضيعة اضرار برب السلم فيبعد وجودهما بخلاف اخذه مثل ما اشتراه به فانه قريب والشركة هي معنى اخذ بعضه بمثل ما اشتراه به وقيل هو احتراز عن قول البعض ان التولية تجوز عنده في بيع العين والسلم **قوله** فان تقايلا السلم لم يكن له اي لرب السلم ان يشتري من المسلم اليه براس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اخرج ابوداود وابن ماجه معناه عن عطية العوفي عن ابي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اسلم في شئ فلا يصرفه الى غيره وهذا يقتضي ان لا ياخذ الا هو ورواه الترمذي وحسنه وقال لا اعرفه مرفوعا الا من هذا الوجه واخرجه الدارقطني عن سعيد الجوهري وعلي بن الحسين الدرهمي باللفظ المذكور وقال اللفظ للدرهمي وقال ابراهيم بن سعيد فلا ياخذ الا ما اسلم فيه او راس ماله وهذا هو حديث المصنف وعطية العوفي ضعفه احمد وغيره والترمذي حسن حديثه فهو مختلف فيه حديثه حسن ورواه عبد الرزاق موقوفا على ابن عمر رض اخبرنا معمر عن قتادة عن ابن عمر قال اذا اسلفت في شئ فلا تاخذ الا راس مالك او الذي سلفت فيه واسند عن ابي الشعثاء نحوه من قوله فقوله لا تاخذ الا سلمك يعني حال قيام العقد او راس مالك اي عند الفسخ فاستنبط منه انه اعتبر كالمبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه وهذا اي كونه اخذ شبها بالمبيع بسبب ان الاقالة بيع جديد في حق ثالث غير المتعاقدين والشرع

قال ومن اسلم في كر حنطة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشرى وان لم يكن سلما وكان قرضا فامره بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان

ثالث وعرف ان صحتها يتوقف على قيام المبيع الى القبض الاترى انه لو هلك المبيع بعد اقالة البيع قبل القبض تبطل الاقالة وذلك غير ممكن ههنا لان بالاقالة يسقط المبيع لانه دين لا عين فتبطل لا الى شيء فلا يعود ولكنها قد صحت فيستلزم انه ان اعتبر رأس المال بمنزلة المبيع ضرورة لانه دين مثل المسلم فيه وجعل الدين بيعا ليس محالا وارد عليه لو كانت بيعا جديدا لكانت بيع سلم لانها اقالة بيع سلم فكان يلزم قبض رأس المال عند الاقالة في المجلس لم يلزم بالاجماع فاجاب عنه المص بانه يعني عقد الاقالة ليس في حكم الابتداء من كل وجه واجاب غيره بان لزوم قبضه قبل الافتراق لئلا يفترق عن دين بدين وذلك انما يكون اذا كان المسلم فيه مما يجب تسليمه ولم يجب ذلك بعد الفسخ بالاقالة ويمكن حمل جواب المص عليه بتكلف يسير وحاصل جواب صاحب الايضاح ان رأس المال جعل كالمسلم فيه والقبض ليس شرطا فيه فليس شرطا له وفيه خلاف زفر اي في منع الاستبدال برأس مال السلم من المسلم اليه بعد اقالة السلم فعنده يجوز ان يشتري به ما شاء وهو القياس لانه بالاقالة بطل السلم وصار رأس المال دينا عند المسلم اليه فيستبدل به كسائر الديون قال والحجة عليه ما ذكرنا من الاثر والمعنى فهو استحسان بالاثر مقدم على القياس قوله ومن اسلم في كر وهو ستون قفيزا او اربعون على خلاف فيه والقفيز ثمانية مكاكيل والمكوك صاع ونصف فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم ان يقبضه قضاء عن المسلم فيه فاقتضاه رب السلم بحقه بان اكتاله مرة وحازه اليه لم يكن مقتضيا حقه حتى لو هلك بعد ذلك يهلك في مال المسلم اليه ويطالب رب السلم بحقه وان امره ان يقبضه له اي للمسلم اليه ثم يقبضه لنفسه فاكتاله اي لرب السلم ثم اكتاله مرة اخرى لنفسه صار مقتضيا مستوفيا حقه وهذا لانه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري هذا الحديث على ما مر في الفصل الذي يلي باب المرابحة حيث قال المص ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين والفقه فيه ان المستحق بالعقد ما سمي فيه وهو الكر وهو انما يتحقق بالكيل فكان الكيل معينا للمستحق بالعقد وههنا عقدان مشتريان فلا بد من توفير مقتضى كل عقد عليه الاترى ان الثاني لو كاله فزاد لم تطب له الزيادة ووجب ردها حتى لو كان المشتري كاله لنفسه بحضرة المشتري الثاني فقبضه الثاني لا بد ان يكيله اقامة لحق العقد الثاني والصفقتان شراء المسلم اليه من بائعه الكر والصفقة التقديرية التي اعتبرت بين المسلم اليه ورب السلم عند قبضه لان المسلم اليه يصير بائعا من رب السلم باشتراه لان المأخوذ ليس عين حقه فانه دين وهذا عين قاصصه به وقد اخذوا في صحة الامر ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه وعندي هذا ليس بشرط بل الشرط ان يكيله مرتين حتى لو قال له اقبض الكر الذي اشتريته من فلان عن حقك فذهب فاكتاله ثم اعاد كيله صار قابضا لان الغرض انه لا يصير قابضا لنفسه بالكيل الاول بل الثاني فلما قال له اقبضه عن حقك والمخاطب يعلم ان طريق صيرورته قابضا لنفسه ان يكيله مرة للقبض عن الامر وثانيا ليصير هو قابضا لنفسه ففعل ذلك صار قابضا حقه كانه قال له اذهب فافعل ما تصير به قابضا ولفظ الجامع يفيد ما قلنا فانه لم يزد فيه على قوله فاكتاله ثم اكتاله لنفسه جاز قوله والسلم وان كان سابقا الخ جواب سؤال مقدر وهو ان يقال بيع رب السلم مع المسلم اليه كان سابقا على شرى المسلم اليه من بائعه فلا يكون المسلم اليه بائعا بعد الشرى وما اشترى فلم تجتمع الصفقتان فلا يدخل تحت النهي فاجاب بقوله والسلم وان كان سابقا على شراء المسلم اليه من بائعه لكن قبض رب السلم المسلم فيه لاحق لشرائه من بائعه وانه اي قبض المسلم فيه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة واعتبار عينيته في حق حكم خاص وهو صحة قبضه عن المسلم فيه كيلا يلزم الاستبدال به قبل قبضه لا يستلزم اعتباره اياه مطلقا فاخذ العين عنه في حكم عقد جديد فيتحقق بيع المسلم اليه بعد شرائه من بائعه والدليل على هذا الاعتبار ما قال في الزيادات لو اسلم مائة في كر ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم كر حنطة بمائتي درهم الى سنة فقبضه فلما حل السلم اعطاه ذلك الكر لم يجز لانه اشترى ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن يريد ان رب السلم اشترى ما باعه وهو الكر قبل نقد الثمن باقل مما باعه وانما يلزم ذلك اذا جعلنا عند القبض كانها جددا عقدا ومثل هذا انما لو اسلم في موزون معين واشترى المسلم اليه موزونا كذلك الخ

قال ومن أسلم في كر فأمر رب السلم أن يكيله المسلم إليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قضاء لأن الأمر بالكيل لم يصح لأنه لم يصادف ملك الآمر لأن حقه في الدين دون العين فصار المسلم إليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع إليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمسئلة بحالها صار قابضا لأن الأمر قد صح حيث صادف ملكه لأنه ملك العين بالبيع ألا ترى أنه لو أمره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم إليه وفي الشراء للمشتري لصحة الأمر وكذا إذا أمره أن يصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم إليه وفي الشراء من مال المشتري ويتقرر الثمن عليه لما قلنا وهذا يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لأنه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ولو أمره في الشراء أن يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لأنه استعار غرائره ولم يقبضها فلم تصر الغرائر في يده فكذا ما يقع فيها وصار كما لو أمره أن يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع لأن البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشتري إن بدأ بالعين صار قابضا أما العين فلصحة الأمر فيه وأما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في أرضه وكمن دفع إلى صائغ خاتما وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار وإن بدأ بالدين لم يصر قابضا أما الدين فلعدم صحة الأمر وأما العين فلأنه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند أبي حنيفة رحمه الله فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي به من جهته لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين وعندهما هو بالخيار إن شاء نقض البيع وإن شاء شاركه في المخلوط لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما

لا يجوز بقبض رب السلم بخلاف ما لو اشترى المسلم إليه حنطة مجازفة أو ملكها بإرث أو هبة أو وصية وأوفاه رب السلم فكاله مرة وتجوز به يكتفي بكيل واحد لأنه لم يوجد إلا عقد واحد بشرط الكيل وهو السلم ولو اشترى المعدود عدا أو أسلم في معدود فعلى الروايتين في وجوب إعادة العد في بيع المعدود بعد شرائه عدا أنه فلو لم يكن سلما ولكن أقرضه فأمره بقبض الكر ولم يقل اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك فقبضه بأن اكتاله مرة جاز لأن القرض إعارة ولهذا ينعقد بلفظة الإعارة وكان المردود عين المأخوذ مطلقا فلم تجتمع الصفقتان فلم يجب الكيلان لأن هذا الاعتبار في القرض لو لم يكن ثابتا لزم تمليك الشيء بجنسه نسيئة إذ التفرق بلا قبض فيه وهو ربوا ولهذا لا يلزم التأجيل في القرض لأنه بيع بجنسه نسيئة وكذا لو كان الدين الأول سلما فلما حل اقترض المسلم إليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه من المقرض ففعل جاز لما ذكرنا وهذا لأن عقد القرض عقد مسامحة فلا يوجب الكيل بخلاف البيع مكايلة أو موازنة ولهذا لو استقرض من آخر حنطة على أنها عشرة أقفزة جاز له أن يتصرف فيها قبل الكيل **قوله** ومن أسلم في كر فأمر رب السلم المسلم إليه أن يكيله له في غرائر رب السلم والموضع موضع الإضمار فيها لكنه أظهره لدفع الالتباس ففعل وهو أي رب السلم غائب لم يكن قضاء حتى لو هلك هلك من مال المسلم إليه والتقييد بغيبته لأنه لو كال فيها رب السلم حاضر يصير قابضا بالاتفاق سواء كانت الغرائر له أو للبائع لأن الأمر بالكيل لم يصح لأنه لم يصادف ملك الآمر لأن حقه في الدين لا العين فصار المسلم إليه مستعيرا للغرائر منه جاعلا ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم فدفع الدائن إليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا هذا إذا لم يكن في غرائر رب السلم طعام بلا تردد فإن كان قيل لا يصير قابضا لما قررنا أن أمره غير معتبر في ملك الغير قال في المبسوط والأصح عندي أنه يصير قابضا لأن أمره بخلط طعام السلم بطعامه على وجه لا يتميز معتبر فيصير به قابضا وهو نظير ما سيذكر في كتاب الصرف فيمن دفع نصف درهم إلى صائغ وقال زد من عندك نصف درهم وصغ لي بهما خاتما ففعل جاز وصار بالخلط قابضا ولو كانت مشتراة غير مسلم فيها والمسئلة بحالها أي دفع المشتري غرائره للبائع وأمره أن يكيل فيها ففعل بغيبته صار قابضا لأن الأمر صح ههنا لأنه ملك عين الحنطة بمجرد البيع فصادف أمره ملكه ونظيره ما لو أمره بطحن الحنطة المسلم فيها فطحنها المسلم إليه كان الدقيق للمسلم إليه فلو أخذ رب السلم الدقيق كان حراما لأنه استبدال بالمسلم فيه قبل قبضه ولو كانت مشتراة فأمر المشتري البائع أن يطحنها فطحنها كانت للمشتري فلو هلك الدقيق في الأول هلك من مال المسلم إليه ويعود دين رب السلم عليه كما كان ولو هلك الدقيق في الثاني هلك من ملك المشتري وتقرر الثمن عليه ومثله إذا أمر رب السلم المسلم إليه أن يصبه في البحر ففعل كان من مال المسلم إليه ولو أمر المشتري البائع به كان قابضا فيهلك من مال المشتري لما قلنا ولهذا يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لأنه نائب عنه في الكيل والوقوع في غرائر المشتري وقوله في الصحيح احتراز عما قيل لا يكتفي إلا بكيلين على ما مر قبل باب الربوا ولو كان في البيع أمر المشتري البائع أن يكيله في غرائر البائع ففعل بغيبته لم يصر قابضا لأنه استعار غرائره ولم يقبضها فلم تتم الإعارة لأنها لما كانت عقد تبرع لم تتم إلا بالقبض فلم تصر الغرائر في يده فكذا ما يقع فيه على تأويل الظرف ونحوه وصار كما لو أمر المشتري البائع أن يكيله ويعزله في مكان في بيت البائع ففعل بغيبته لم يصر قابضا ولو اجتمع العين والدين بأن اشترى رب السلم من المسلم إليه كرا معينا بعد حلول السلم فأمر أن يكيل في غرائر المشتري كليهما ففعل بغيبته إذا بدأ بالكر العين ثم بالمسلم فيه صار المشتري قابضا لهما أما العين فلصحة الأمر فيه لأنه لاقى ملكه وأما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة ولم يقبضها ثم أمر المقرض أن يزرعها في أرض المستقرض وكمن دفع إلى صائغ خاتما وأمره أن يزيد من عنده نصف دينار ففعل بغيبته لزمته الزيادة وتقرر بدلها عليه لاتصال ملكه فيهما وإن بدأ بالدين فكاله بالغرائر لم يصر قابضا أما في الدين فعدم صحة الأمر لما قلنا وأما في العين فلأنه خلط مال المشتري بجنسه من مال نفسه فيصير مستهلكا له فينفسخ

قال ومن أسلم جارية في كر حنطة وقبضت الجارية فتقايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاكها جاز لأن صحة الإقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه إنما هو المسلم فيه فصحت الإقالة حال بقائه وإذا جاز ابتداء فأولى أن يبقى انتهاء لأن البقاء أسهل وإذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها ولو اشترى جارية بألف درهم ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الإقالة ولو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة لأن المعقود عليه في البيع إنما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الإقالة ابتداء فلا تبقى انتهاء لانعدام محله بخلاف ما تقدم وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الإقالة وتبقى بعد هلاك أحد العوضين لأن كل واحد منهما مبيع فيه **قال** ومن أسلم إلى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم إليه شرطت رديئا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم إليه لأن رب السلم متعنت في إنكاره الصحة لأن المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة وفي عكسه قالوا يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة رح لأنه يدعي الصحة وإن كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم إليه لأنه منكر وإن أنكر الصحة وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى ولو قال المسلم إليه لم يكن له أجل وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم لأن المسلم إليه متعنت في إنكاره حقا له وهو الأجل والفساد لعدم الأجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لأنه ينكر حقا عليه فيكون القول قوله وإن أنكر الصحة كرب المال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح إلا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لأنه ينكر استحقاق الربح وإن أنكر الصحة

عند أبي حنيفة فينتقض البيع بهلاك المبيع قبل القبض لا يقال هذا الخلط ليس تعديا ليكون به مستهلكا لأنه بأمره أجاب المصنف بمنع أنه فيه على هذا الوجه بجواز كون مراده أن يفعل ذلك على وجه يصح وهو أن يبدأ بالعين وعندهما لما لم يكن استهلاكا يصير المشتري بالخيار إن شاء نقض البيع لعيب الشركة وإن شاء شاركه في المخلوط وأورد صبغ الصباغ يتصل بالثوب ولا يصير هالكه قابضا أجيب بأن المعقود عليه ثمة الفعل لا العين والفعل لا يجاور الفاعل لأنه عرض لا يقبل الانتقال **قوله** ومن أسلم جارية في كر حنطة حاصل هذه والتي بعدها الفرق بين الإقالة في السلم والبيع بالثمن وبيع المقايضة ففي السلم تجوز الإقالة قبل هلاك الجارية وبعده لأن صحة الإقالة تعتمد قيام العقد وهو بقيام المبيع إلى أن يقبض ففي السلم المبيع قصدا هو المسلم فيه فهلاك الجارية وعدمها لا يعدم الدين المسلم فيه فجازت الإقالة إذا ماتت قبل الإقالة أو بعدها قبل القبض لقيام المعقود عليه وهو المسلم فيه وإذا جازت انفسخ في الجارية تبعا فوجب ردها وقد عجز فيرد قيمتها يوم القبض لأن السبب الموجب للضمان كان فيه فصار كالغصب وفيما لو اشترى جارية بألف درهم مثلا لا تجوز الإقالة بعد موتها وتبطل لو ماتت بعد الإقالة قبل القبض لأن الجارية هي المعقود عليه في البيع فلا تصح الإقالة بعد موتها ولا تبقى على الصحة إذا هلكت بعدها ولو كان البيع مقايضة بأن دفع الجارية في ثوب تبقى الإقالة بعد هلاكها إذا كان العوض الآخر باقيا لأن كلا منهما مبيع من وجه **قوله** ومن أسلم إلى رجل الخ الأصل في هذه المسائل أنهما إذا اختلفا في الصحة فإن خرج كلام أحدهما مخرج التعنت وهو أن ينكر ما ينفعه كان باطلا اتفاقا والقول قول من يدعي الصحة وإن خرج مخرج الخصومة وهو أن ينكر ما يضره قال أبو حنيفة القول قول من يدعي الصحة أيضا إذ اتفق على عقد واحد وإن كان خصمه هو المنكر وقالا القول قول المنكر ولو أنكر الصحة إذا عرف هذا فلنجئ إلى المسائل أسلم إلى رجل في كر فقال المسلم إليه شرطت لك رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم إليه بالاتفاق وهو قول للشافعي لأن رب السلم متعنت لأنه بإنكار الصحة منكر ما ينفعه وهو المسلم فيه لأنه على كل حال يربو على رأس المال نقدا والمسلم فيه نسيئة لأن العقلاء قاطبة على إعطاء هذا العاجل بذاك الآجل ولولا أنه يربو عليه وإن كان آجلا لم يطبق آراؤهم عليه وكلام المتعنت مردود فيبقى قول الآخر بلا معارض وأما التوجيه بأن الظاهر الصحة الخ فيخص أبا حنيفة بشيئه في غير هذا المحل والمراد هنا توجيه الاتفاق على أن القول للآخر وهما لا يقولان إن القول لمدعي الصحة وإنما يعلل بها لظهورها في مباشرة العاقل وفي عكسه بأن ادعى رب السلم شرط الردي وأنكر المسلم إليه اشتراطا أصلا لم يذكره محمد في الكتاب وقالوا أي المشايخ ما يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة رح وهو قول الشافعي لأنه يدعي الصحة وإن كان صاحبه منكرا وكلامه خصومة وعندهما القول للمسلم إليه لأنه منكر وإن أنكر الصحة وسيقرر المصنف الوجه في تلك المسألة التي تلي هذه ولو قال المسلم إليه لم يكن فيه أجل وقال رب السلم فيه أجل فالقول قول رب السلم أي بالاتفاق وكذا في مقداره وهو قول الشافعي لأن كلام المسلم إليه هنا تعنت لأنه ينكر ما ينفعه وما هو حقه وهو الأجل لأن الأجل لترفيه المسلم إليه وهذا استحسان وأورد عليه ينبغي أن يكون القول لمن يدعي الفساد لأن المسلم فيه لما كان في العادة يربو على رأس المال كان إنكار المسلم إليه الصحة خصومة فلا يكون متعنتا وهذا الإيراد هو وجه القياس وأجاب عنه المصنف بقوله والفساد بعدم الأجل ليس متيقنا حتى يكون إنكاره إنكارا للصحة مع فائدة زيادة المسلم فيه لأن السلم الحال جائز عند بعض المجتهدين فلا يعتبر النفع في رد رأس المال لأنه ليس بلازم قطعا بخلاف عدم الوصف كالرداءة ونحوها على ما تقدم فإنه ملزوم قطعا للفساد وفي عكسه وهو أن يدعي المسلم إليه الأجل ورب السلم ينكره القول لرب السلم عندهما لأنه ينكر حقا عليه وهو زيادة الربح الكائن في قيمة المسلم فيه على ما دخل فيه من رأس المال فصار كرب المال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح إلا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح وإن القول لرب المال لأنه ينكر استحقاقا

وعند ابي حنيفة رح القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف
مسئلة المضاربة لانه ليس بلازم فلا يعتبر الاختلاف فيه فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح اما السلم فلازم فصار
الاصل ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر وان انكر الصحة

زيادة الربح وان تضمن ذلك انكار الصحة ووقع في بعض النسخ نصف الربح وزيادة عشرة وهي غلط لان على هذا التقدير القول للمضارب ولان انكار الزيادة على ذلك التقدير لا على هذا وعند ابي حنيفة القول للمسلم اليه وهو قول الشافعي لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا اذ الظاهر من حال المسلم الامتناع عن العقد الفاسد ولانه هو المفيد لتمام الغرض المقصود من مباشرته وهو ثبوت الملك على وجه لا يجب نقضه ورفعه شرعا ولان شرط الشئ تبع له فالاتفاق على صحة هذا العقد اتفاق على صحة شرطه الكلية فانكار الاجل انكار بعد الاقرار ظاهرا فلا يقبل وصار كما لو اختلف الزوجان في التزويج بشهود او بلا شهود فالقول لمن يدعيه بشهود بخلاف المضاربة لانه اي عقد المضاربة ليس بلازم ولهذا يمكن رب المال من عزله قبل شرائه برأس المال وكذا المضارب له فسخه واذا كان غير لازم ارتفع باختلافهما واذا ارتفع بقي دعوى المضارب في استحقاق الربح ورب المال ينكر فالقول له واما السلم فعقد لازم فلا يرتفع بالاختلاف وكان مدعي الفساد متناقضا ظاهرا كما ذكرنا ولان عقد المضاربة اذا صح كان شركة واذا فسد صار اجارة فلم يتفقا على عقد واحد فانه مدعي الفساد يدعي اجارة ومدعي الصحة يدعي الشركة فكان اختلافهما في نوع العقد بخلاف السلم الحال فهو ما يدعيه منكر الاجل سلم فاسد لا عقد آخر ولهذا يحنث به في يمينه لا اسلم في شئ فقد اتفقا على عقد واحد واختلفا في صحته وفساده فالقول لمدعي الصحة واستشكل بما لو قال في المضاربة رب المال شرطت نصف الربح وزيادة عشرة فان القول للمضارب ولم يقل اختلفا في نوع العقد اجيب بان المضارب ادعى الصحة والشركة ورب المال اقر له بذلك بقوله شرطت لك نصف الربح ثم بقوله وزيادة عشرة عطفا عليه يدعي الفساد لان اول الكلام لم يتوقف على آخره بخلاف قوله الا عشرة بالاستثناء فانه يتوقف اول صدر الكلام مع الاستثناء كلام واحد قيل فيه نظر لان في الاصول فيما اذا زوجه الفضولي اختين في عقدين فقال اجزت نكاح هذه وهذه لا يفسدان لانه توقف اوله على آخره ويوجد المغير في آخره وان كان بحرف العطف وارد ايضا ما اذا قال تزوجتك وانا صغير وقالت بل بعد بلوغك فالقول للزوج مع انه يدعي فساد العقد اجيب بانه ما اقر باصل العقد بل انكره حيث اسنده الى حال عدم الاهلية واعلم ان انكار الاجل على ثلاثة اوجه احدها في اصل الاجل وهي مسئلة الكتاب والثاني في مقدار الاجل والقول قول من يدعي الاقل مع يمينه فان قامت بينة لمدعي الاكثر قضى بها وان قامت لكل منهما فالبينة بينة مثبت الزيادة والثالث في مضي الاجل اذا قال رب السلم مضى الاجل المسمى وقال المسلم اليه لا فالقول قول المسلم اليه مع يمينه لانه ينكر توجه المطالبة عليه ومن اقام منهما بينة يقضى له فان كانا اقاما فالبينة بينة المطلوب لانها تثبت زيادة الاجل هذا والاختلاف في مقدار الاجل لا يوجب التحالف عندنا خلافا لزفر لانه ليس في المعقود عليه ولا في بدله بخلاف الاختلاف في الصفة يعني انه ما هو فانهما يتحالفان لان الوصف جار مجرى الاجل وفي الخلاصة اذا شرط في السلم الثوب الجيد فجاء بثوب وادعى انه جيد وانكر الطالب فالقاضي يري اثنين من اهل تلك الصنعة وهذا احوط والواحد يكفي فان قالا جيد اجبر على القبول وان اختلفا في السلم تحالفا استحسانا ويبدئ بيمين المطلوب عند ابي يوسف ثم رجع وقال بيمين الطالب وهو قول محمد وان قامت لاحدهما بينة قضي بها وان قامت لهما بينة قضي ببينة رب السلم واحد عند ابي يوسف والمسئلة على ثلاثة اوجه لان راس المال اما عين او دين وكل وجه على ثلاثة اوجه اتفقا على راس المال واختلفا في المسلم فيه او على العكس او اختلفا فيهما فان كان راس المال عينا واختلفا في المسلم فيه لا غير فقال الطالب هذا الثوب في كر حنطة وقال الآخر في نصف كر او في شعير او في الحنطة الرديئة واقاما قضي ببينة رب السلم بالاجماع وان اختلفا في راس المال فقال احدهما هذا الثوب وقال الآخر هذا العبد واتفقا في المسلم فيه انه الحنطة واختلفا فقال احدهما هذا الثوب في كر حنطة

قال ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا ورقعة لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه ايضا لانه مقصود فيه ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز لان احادها تتفاوت تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن ولا باس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمي ملبنا معلوما لانه عددي متقارب لا سيما اذا سمي الملبن **قال** وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه لانه لا يفضي الى المنازعة وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة ولا باس بالسلم في طست او قمقمة او خفين او نحو ذلك اذا كان يعرف لاجتماع شرائط السلم وان كان لا يعرف فلا خير فيه لانه دين مجهول

وقال الآخر هذا الثوب في كر شعير واقاما البينة قضى بالسلمين فمحمد مر على اصله وابو يوسف يقول كل مدعي عقد غير ما يدعيه الآخر وان كان راس المال دراهم او دنانير ان اتفقا في راس المال واختلفا في المسلم فيه واقاما البينة فالبينة لرب السلم ويقضي بسلم واحد عند ابي يوسف خلافا لمحمد وان كان الاختلاف على القلب فعلى هذا الخلاف ولو اختلفا فيهما فقال احدهما عشرة دراهم في كر حنطة وقال الآخر خمسة عشر في كر وقاما فعند ابي يوسف تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر في كرين ولا يقضي بسلمين وعند محمد يقضي بسلمين عقد بخمسة عشر في كر وعقد بعشرة في كرين فلو ادعى احدهما ان راس المال دراهم والآخر دنانير لم يذكر هذا وينبغي ان يقضي بسلمين كما في الثوبين وفيها اسلم في ثوب وشرطا الوسط فجاء بجيد وقال خذ هذا وزدني درهما فعلى وجوه اما ان كان كيليا او وزنيا او ذرعيا ففي الكيل فان اسلم في عشرة اقفزة فجاء باحد عشر فقال زدني درهما جاز لانه باع قفيزا بثمن معلوم ولو جاء بتسعة وقال خذ واردد علي درهما فقبل جاز ايضا فانه اقالة في البعض فيجوز كما يجوز في الكيل ولو جاء بخنطة اجود وقال ردد فاعطني درهما لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز وتقدم مثله في الارداء والاجود وانه يجوز بالاجماع اذا لم يكن معه شيء آخر وفي الثوب ان جاء بزائد بذراع وقال زدني درهما جاز وهو بيع ذراع بدرهم يمكن تسليمه بخلاف بيعه مفردا وكذا اذا اتى بالزيادة من حيث الوصف فانه يجوز عندهم وان جاء بالنقص فرد معه درهما لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد لانه اقالة فيما لا يعلم حصته لان الذرع وصف وحصته مجهولة هذا اذا لم يبين لكل ذراع حصته فان بين جاز بلا خلاف وكذا لو جاء بالنقص وصفا لا يجوز ولو بزيد وصف جاز الكل في الاصل **قوله** ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا ورقعة لانه اسلم في معلوم والرقعة يراد بها قدر ولا خلاف في هذا بل في اشتراط وزنه اذا كان حريرا فان عندنا في الائمة الثلاثة لا يشترطونه والوجه بها ظاهر وكذا يجوز في البسط والاكسية والمسوح والجوالق والبواري اذا بين الطول والعرض والصنعة وكل ما اختلفت قيمته بالثقل والخفة من الثياب عرفا كالوذاري اشترط بيان وزنه ولو كان البيع ناجزا في المنتقى اذا باع ثوب حرير يدا بيد لا يجوز الا وزنا بوزن وهذا هو الصحيح في السلم بخلاف البيع لان الاشارة يكتفي بتعريفها غاية الامر عدم معرفة ثقله وهو كعدم معرفة عدد قفزان الصبرة وهو غير مانع في الطول بذكر عدد الذرعان يجب ان يتوسط عند الذرع بين ارخاء الثوب ومده ان كانت الذراع مختلف الطول فلا بد من تعيينه الا ان يكون احدها هو المتعارف واذا دخل ثياب الحرير الوزن لزم ان لا يجوز بيعها بجنسها جزافا فلهذا ذكر القدوري ان بيع ثوب خز بثوب خز يدا بيد لا يجوز الا وزنا كما في الصغرى **قوله** ولا يجوز السلم في الجواهر بلا خلاف الا لمالك ولا في الخرز لان آحادها تتفاوت تفاوتا فاحشا في المالية فان جوهرتين قد تتحدان وزنا وتختلفان في قيمته باعتبار حسن الهيئة اللهم الا في الصغار التي تدق للكحل والتداوي فيجوز وزنا ولا باس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمي ملبنا معلوما لانه عددي متقارب اذا سمي الملبن وقوله لا سيما اذا سمي الخ يعطي انه متقارب فلا تشترط تسمية الملبن بل اذا سمي يكون احسن وليس كذلك بل يتفاوت تفاوتا فاحشا وذكر بعضهم انه لا يجوز بيع مائة آجرة من اتون وفي عرف بلادنا يسمونه قمينا وقميرا وهو الذي يبني للشوي فيه الآجر والجبس وقيل يجوز الا انه يتفاوت في النضج تفاوتا فاحشا فلا يجوز بيعه والحقناه في السلم لتفاوت المتقارب **قوله** وكل ما امكن ضبط صفته الخ لا خلاف فيه كالقطن والكتان والابريسم والنحاس والتبر والحديد والرصاص والصفر والحناء والوسمة والرياحين اليابسة والجذوع اذا بين طولا وعرضا وغلظا والقصب والصوف والاخشاب ويجوز السلم في التبن كيلا بالغرائر وقيل هو موزون وقيل يعتبر التعارف وفي عرفنا كيله في شباك الليف يسميه اهل العرف شنيفا **قوله** ولا باس بالسلم في طست او قمقمة وخفين او نحو ذلك كالكوز والآنية من النحاس والزجاج والحديد والقلنسوة والطواجن اذا ضبط واستقصى في صفته من الغلظ

قال وإن استصنع شيئاً من ذلك بغير أجل جاز استحساناً للإجماع الثابت بالتعامل، وفي القياس لا يجوز لأنه بيع المعدوم، والصحيح أنه يجوز بيعاً لا عِدةً، والمعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً، والمعقود عليه العين دون العمل، حتى لو جاء به مفروغاً عنه لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز، ولا يتعين إلا بالاختيار، حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز، وهذا كله هو الصحيح. **قال** وهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه لأنه اشترى شيئاً لم يره، ولا خيار للصانع، كذا ذكره في المبسوط، وهو الأصح لأنه باع ما لم يره. وعن أبي حنيفة رحمه الله أن له الخيار أيضاً لأنه لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا بضرر وهو قطع الصرم وغيره. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا خيار لهما، أما الصانع فلما ذكرنا، وأما المستصنع فلأن في إثبات الخيار له إضراراً بالصانع لأنه لا يشتريه غيره بمثله. ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب لعدم المجوز، وفيما فيه تعامل إنما يجوز إذا أمكن إعلامه بالوصف ليمكن التسليم، وإنما قال بغير أجل لأنه لو ضرب الأجل فيما فيه تعامل يصير سلماً عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما، ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلماً بالاتفاق. لهما أن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الأجل على التعجيل، بخلاف ما لا تعامل فيه لأنه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح. ولأبي حنيفة رحمه الله أنه دين يحتمل السلم، وجواز السلم بإجماع لا شبهة فيه، وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة، فكان الحمل على السلم أولى.

مسائل منثورة

قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع، المعلَّم وغير المعلَّم في ذلك سواء. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز بيع الكلب العقور لأنه غير منتفع به.

السعة والضيق بحيث يخص فلا يتفاوت إلا اليسير. **قوله** وإن استصنع شيئاً من ذلك بغير أجل جاز استحساناً. الاستصناع طلب الصنعة وهو أن يقول لصانع خف أو مكعب أو أواني الصفر اصنع لي خفاً طوله كذا وسعته كذا، أو دستاً أي برمة تسع كذا ووزنها كذا على هيئة كذا بكذا، ويعطي الثمن المسمى أو لا يعطي شيئاً فيعقد الآخر معه جاز استحساناً بيعاً للعين، والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي إذ لا يمكن إجارة لأنه استئجار على العمل في ملك الأجير وذلك لا يجوز كما لو قال احمل طعامك من هذا المكان إلى مكان كذا بكذا أو اصبغ ثوبك أحمر بكذا لا يصح، ولا بيعاً لأنه بيع معدوم ولو كان موجوداً مملوكاً لغير العاقد لم يجز، فإذا كان معدوماً فهو أولى بعدم الجواز، ولكنا جوزناه استحساناً للتعامل الراجع إلى الإجماع العملي من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليوم بلا نكير، والتعامل بهذه الصفة أصل مندرج في قوله صلى الله عليه وسلم لا تجتمع أمتي على ضلالة، وقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتماً، واحتجم صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام مع أن مقدار عمل الحجامة وعدد كرات وضع المحاجم ومصها غير لازم عند أحد، ومثله شرب الماء من السقاء، وسمع صلى الله عليه وسلم بوجود الحمام فأباحه بمئزر ولم يبين له شرطاً، وتعامل الناس فيه بدخوله من لدن الصحابة رضي الله عنهم والتابعين على هذا الوجه إلى الآن، وهو أن لا يذكر عدد ما يصب من الماء ولا الطاسة ونحوها، فقصرنا على ما فيه تعامل الناس، وفيما لا تعامل فيه رجعنا فيه إلى القياس، كأن يستصنع حائكاً أو خياطاً لينسج له أو يخيط قميصاً بغزل نفسه. ثم اختلف أنه مواعدة أو معاقدة، فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المنثور يقولون إنما ينعقد عند الفراغ بالتعاطي، ولهذا كان للصانع أن لا يعمل ولا يجبر عليه، بخلاف السلم، وللمستصنع أن لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه، ولا تلزم المعاملة، وكذا المزارعة على قول أبي حنيفة رحمه الله لفسادهما مع التعامل لثبوت الخلاف فيهما في الصدر الأول، وهذا كان على الاتفاق، والصحيح من المذهب جوازه بيعاً لأن محمداً ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة، ولأنه جوزه فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه، ولو كان مواعدة جاز في الكل، وسماه شراء فقال إذا رآه المستصنع فهو بالخيار لأنه اشترى ما لم يره، ولأن الصانع يملك الدراهم بقبضها ولو كانت مواعدة لم يملكها، وإثبات أبي اليسر الخيار لكل منهما لا يدل على أنه غير بيع، ألا ترى أن في بيع المقايضة لو لم ير كل منهما عين الآخر كان لكل منهما الخيار، وحين جزم بجوازه علمنا أن الشارع اعتبر فيها المعدوم موجوداً وهو في الشرع كثير، كذلك طهارة المستحاضة وتسمية الذابح إذا نسيها والرهن بالدين الموعود وقراءة المأموم. وقوله والمعقود عليه العين دون العمل نفي لقول أبي سعيد البردعي المعقود عليه العمل لأن الاستصناع ينبئ عنه كما قلنا، والأديم والصرم بمنزلة الصبغ، والدليل عليه ما ذكرناه من قول محمد لأنه اشترى ما لم يره، وكذا لو جاء به مفروغاً لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز، وإنما يبطله موت الصانع لشبهه بالإجارة. وفي الذخيرة هو إجارة ابتداء بيع انتهاء لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل أنهم قالوا إذا مات الصانع يبطل ولا يستوفى المصنوع من تركته ذكره محمد في كتاب البيوع. فإن قيل لو انعقد إجارة أجبر الصانع على العمل والمستصنع على إعطاء المسمى، أجيب بأنه إنما لم يجبر الصانع لأنه لا يمكنه إلا بإتلاف عين له من قطع الأديم ونحوه، والإجارة تفسخ بهذا القدر، ألا ترى أن المزارع له أن لا يعمل إذا كان البذر من جهته، وكذا رب الأرض لأنه لا يمكنه المضي بهذه الإجارة إلا بذلك، والمستصنع ولو شرط تعجيله لأن هذه الإجارة في الآخرة شراء ما لم يره، ولأن جواز الاستصناع للحاجة وهي في الجواز لا اللزوم، ولذا قلنا للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع لأن العقد غير لازم، وأما بعدما رآه فالأصح أنه لا خيار للصانع بل إذا قبله المستصنع أجبر على دفعه لأنه بالإجارة باع.

مسائل منثورة فيما يجوز بيعه من السباع وما لا يجوز. المسائل التي تشذ عن الأبواب المتقدمة لم تذكر فيها إذا استدركت سميت مسائل منثورة أي عن أبوابها.

قوله ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء. هكذا أطلق في الأصل فمشى بعضهم على إطلاقه كالقدوري، وفي نوادر هشام عن محمد نص على أن

وقال الشافعي رح لايجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب لانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه فكان منتفيا ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية

بيع الكلب العقور وتضمين من قتله قيمته وروى الفضل بن غانم عن ابي يوسف نصه على منع بيع العقور وعلى هذا مشى في المبسوط فقال يجوز بيع الكلب اذا كان بحال يقبل التعليم ونقل من النوادر انه يجوز بيع الجرو لانه يقبل التعليم وانما لايجوز بيع الكلب العقور الذي لايقبل التعليم وقال هذا هو الصحيح من المذهب قال هكذا نقول في الاسد اذا كان يقبل التعليم ويصطاد به يجوز بيعه وان كان لايقبل التعليم والاصطياد به لايجوز قال والفهد والبازي يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال انتهى فعلى هذا ينبغي ان لايجوز بيع النمر بحال لانه لشره لايقبل تعليما وفي بيع القرد روايتان عن ابي حنيفة رواية الحسن الجواز ورواية ابي يوسف بالمنع وقال ابو يوسف اكره بيعه لانه لامنفعة له انما هو للهو وهذه جهة محرمة ووجه رواية الجواز انه يمكن الانتفاع بجلده وهذا هو وجه رواية الجواز انه يمكن الانتفاع بجلده وهذا هو وجه رواية اطلاق بيع الكلب والسباع فانه يبنى على ان كلما يمكن الانتفاع بجلده او عظمه يجوز بيعه ويجوز بيع الهرة لانها تصطاد الفار والهوام المؤذية فهي ينتفع بها ولايجوز بيع هوام الارض كالخنافس والعقارب والفارة والوزغ والقنافذ والضب ولا هوام البحر كالضفدع والسرطان وذكر ابو الليث انه يجوز بيع الحيات اذا كان ينتفع بها وان لم ينتفع فلا يجوز ويجوز بيع الدهن النجس لانه ينتفع به للاستصباح فهو كالسرقين اما العذرة فلا ينتفع بها وان لم ينتفع بها الا اذا خلطت بالتراب فلا يجوز بيعها الا تبعا بالتراب المخلوط بخلاف الدم المسفوح فان بيعه ممتنع مطلقا وقال الشافعي لايجوز بيع الكلب مطلقا سواء كان للصيد او لم يكن واما اقتناؤه للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع فيجوز بالاجماع لكن لاينبغي ان يتخذه في داره الا ان خاف لصوصا او اعداء للحديث الصحيح من اقتنى كلبا الا كلب صيد او ماشية نقص من اجره كل يوم قيراطان وجه قوله ما روى ابن حبان في صحيحه عن حماد بن سلمة عن قيس بن سعد عن عطاء بن ابي رباح عن ابي هريرة رض ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان مهر البغي وثمن الكلب وكسب الحجام من السحت واخرجه الدارقطني بسندين فيهما ضعف وفي الصحيحين عن ابن مسعود رض الانصاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن وفي صحيح مسلم عن جابر رض ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب لانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل والبيع برفعته فلا يجتمعان وعارضه المصنف بوجهين احدهما انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية وهو غريب بهذا اللفظ نعم اخرج الترمذي عن ابي هريرة رض قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب الا كلب صيد وضعفه الترمذي قال وقد روى الضياء عن جابر مرفوعا ولا يصح اسناده والاحاديث الصحيحة ليس فيها هذا الاستثناء لكن روى ابو حنيفة رض في سنده عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس رض قال رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمن كلب الصيد وهذا سند جيد فان الهيثم ذكره ابن حبان في الثقات من اثبات التابعين فهذا الحديث على رأيهم يصلح مخصصا والمخصص بيان للمراد للعام فيجوز وان كان دونه في القوة عندهم حتى اجازوا تخصيص العام القاطع بخبر الواحد ابتداء فيبطل مدعاهم من عموم منع البيع ثم دليل التخصيص مما يعلل فيخرج من العام مرة اخرى وتعليل اخراج كلب الصيد ساطع لكونه منتفعا به وخصوص الاصطياد ملغى اذ لا يظهر موجب لذلك فصار كل كلب المنتفع به خارجا سواء انتفع به في صيد او حراسة ماشية وخرج العقور ومن مشى من اهل المذهب ليس دليلا على المذهب بل ذكره لنفي مذهب الخصم اعني شمول المنع فيحتاج بعده الى دليل المذهب على التعميم في جواز بيع الكلب بقول كل كلب تتاتى منه الحراسة فيجوز بيع الكل ويرد عليه انه نسخ لموجب العام بالتعليل ولا ينسخ القياس فالوجه ان يعلل دليل التخصيص بنفع لايربو عليه مفسدة ويدعي في العقور ان مفسدته تربو على منفعة حراسة لان منفعته خاصة يقترن بها ضرر عام للناس فيخرج ما سواه وقصر بعض الشارحين نظره على الحديث فحكم بانه ليس الا الوجه الثاني وعلى تقريرنا يتم الاول ايضا وقد استدل في الاسرار وغيره من الشروح على عموم بيع الكلب بان عبد الله بن عمرو بن العاص رض روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قضى في

ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فيكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم التناول دون البيع **قال** ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله عليه السلام فيه ان الذى حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال فى حقنا وقد ذكرناه

فى كلب باربعين درهما ولم يخصص نوعا من انواع الكلاب وهذا الحديث اذا لا يعرف الا موقوفا حدث به الطحاوى عن يونس وهو ابن عبد الاعلى عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو انه قضى فى كلب صيد قتله رجل باربعين درهما وقضى فى كل كلب ماشية بكبش ونانيا هو واقعة حال لا توجب العموم فى انواع الكلاب فجعلها دليلا على العموم خطأ ظاهر ثانيهما هو قوله فانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه الا مملوكا متقوما اما كونه مالا فلان المال اسم لغير الآدمى خلق لمصالحه الانتفاع المطلقة شرعا وهو كذلك فكان مالا واما انه مملوك متقوم فلانه محرز ماذون شرعا فى الانتفاع به والملك يثبت بالاحراز بدار الاسلام والتقوم بالتمول وكلاهما ماذون فيه شرعا اذ قد اذن الشارع فى اقتناء كلب الماشية والصيد واذا كان كذلك جاز بيعه ولا يخفى ان هذا المعنى لا يترجح على النص الصريح الصحيح غاية ما فى الباب ان يسلم انه مال محرز متقوم لكن ثبت منع الشرع من بيع هذا النوع من المال فاجاب المص بادعاء نسخ المنع من ذلك وذلك لما قلنا اول الكتاب من ان الامر بقتل الكلاب كان امرا حقيقيا فى الاول من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم علم نسخ ذلك برواية ترك قتلها على ما حدث الطحاوى عن ابى بكرة قال حدثنا سعيد بن عامر قال ثنا شعبة عن ابى التياح عن مطرف بن عبد الله بن المغفل قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل الكلاب ثم قال ما لى وللكلاب ثم رخص فى كلب الصيد وفى كلب آخر نسيه سعيد وبهذا المعنى طرق كثيرة وحمل ما روى من التشديد فى سورها والنهى عن ثمنها وبيعها ثم الترخيص فى بيع النوع الذى اذن فى اقتنائه الاول على الحالة الاولى والثانية على الثانية فكان منع البيع على العموم منسوخا باطلاق بيع البعض بالضرورة واجاب عن قوله نجس العين بالمنع بدليل اطلاق الانتفاع به وقال ولو سلم فنجاسة عينية توجب حرمة الاكل لا منع بيعه بل منع البيع يتبع منع الانتفاع شرعا ولهذا اجزنا بيع السرقين والبعر مع نجاستهما عينها لاطلاق الانتفاع بهما عندنا بخلاف العذرة لم يطلق الانتفاع بها فيمتنع بيعها وان ثبت شرعا اطلاق الانتفاع مخلوطة بالتراب ولو بالاستهلاك كالاستصباح بالزيت النجس كما قيل جاز بيع ذلك التراب الذى هى فى ضمنه وبه قال مشائخنا وانما امتنع بيع الخمر لنص خاص فى منع بيعها وهو قوله صلى الله عليه وسلم فيما اخرج مسلم عن عبد الرحمن بن وعلة قال سالت ابن عباس رض عما يعصر من العنب فقال ابن عباس رض ان رجلا اهدى الى النبى صلى الله عليه وسلم راوية خمر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل علمت ان الله حرمها قال لا فسار انسانا فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بم ساررته قال امرته ببيعها فقال ان الذى حرم شربها حرم بيعها قال ففتح المزادة حتى ذهب ما فيها واخرج البخارى عن جابر انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح انه يقول وهو بمكة ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقيل يا رسول الله ارايت شحوم الميتة فانه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس قال لا هو حرام ثم قال قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها واكلوا اثمانها هذا اتمام شرح المسئلة المذكورة بعد هذه المسئلة وقوله وقد ذكرناه يعنى فى باب البيع الفاسد ويقوم اشكال على جواز بيع السرقين اللهم الا ان يقال ان لا شك انه لا بد من تقدير فى نحو حرمت الخمر فانا بينا فى الاصول ان التحريم المضاف الى الاعيان تقدير اضافته الى ما هو المقصود من ذلك العين كالشرب من الخمر والاكل من الميتة واللبس من الحرير فقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث ان الله اذا حرم شيئا يعنى اذا حرم ما هو المقصود من الشئ حرم بيعه واكل ثمنه كالمقصود من الخمر والمقصود من الميتة والخنزير وهو الاكل والشرب وليس هذا الحديث فى السرقين فلم يثبت فيه تحريم البيع فان قال النجاسة سبب قلنا ممنوع فيحتاج الى دليل آخر اما هذا الحديث فانما يفيد ان تحريم ما هو المقصود من الشئ موجب لتحريم بيعه

قال واهل الذمة فى البياعات كالمسلمين لقوله عليه السلام فى ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين **قال** الا فى الخمر والخنزير خاصة فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها اموال فى اعتقادهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رضى الله عنه ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها **قال**

ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على انى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف ففعل فهو جائز ويأخذ الالف من المشترى والخمسمائة من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف درهم ولا شئ على الضمين واصله ان الزيادة على الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعى رحمه الله لانه تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا ثم قد لا يستفيد المشترى بها شيئا بان زاد فى الثمن وهو يساوى المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الاجنبى كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة فاذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح واذا لم يقل لم يوجد فلم يصح

قوله واهل الذمة فى البياعات كالمسلمين يجوز لهم منها ما يجوز للمسلمين ويمتنع عليهم ما يمتنع عليهم لانهم مكلفون بموجب البياعات والتصرفات محتاجون الى مباشرتها وقد التزموا احكامنا بالاقامة فى دارنا واعطاء الجزية فلا يجوز منهم بيع درهم بدرهمين فيما بينهم ولا السلم فى حيوان ولا النسيئة فى صرف وكذا كل ما يكال ويوزن هم فى البيوع كالمسلمين الا الخمر والخنزير فانا نجيز بيع بعضهم بعضا لخصوصه فيه من قول عمر رضى الله عنه اخرجه ابو يوسف فى كتاب الخراج عن اسرائيل عن ابراهيم عن عبد الاعلى قال سمعت سويد بن غفلة يقول حضر عمر بن الخطاب واجتمع اليه عماله فقال يا هؤلاء انه بلغنى انكم تاخذون فى الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال اجل انهم يفعلون ذلك فقال فلا تفعلوا ولكن ولوا اربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم ولا يجوز فيما بينهم بيع الميتة والدم والحديث الذى ذكره المصنف فى ذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم اعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لم يعرف

قوله ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على انى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف ففعل البعث فهو جائز وهو جواب الكل سواء كان قول الضامن بل ذلك بعد مساومة بين فلان وسيد العبد بالف واباء او ابتداء قال فى بعض الشروح ويكون البيع بعده دلالة على القبول لانه امتثال لذلك كقول الرجل لامرأته طلقى نفسك ان شئت فقال طلقت يجعل قبولا استحسانا فكذا هذا وفى بعضها ما يفيد انه ايجاب فانه قال ولو لم يكن اباء ولا مساومة حصل ايجاب العقد عقيب ضمان الرجل كان كذلك وهذا هو الصواب لان قوله بع عبدك امر ولفظة الامر لا يكون فى البيع ايجابا على ما مر من انه لو قال بعنى هذا بكذا فقال بعت لا ينعقد حتى يقبل الآخر بعده بخلاف طلقى نفسك فى التفويض وفى الخلع فلا بد ان المشترى يقول بعد بعت من البائع اشتريت او معناه على ما سلف هناك ولو لم يقل من الثمن فباع جاز البيع بالف فقط لانه اذا قال من الثمن فقد اضاف التزامه زيادة خمسمائة فى الثمن الى بيعه والزيادة فى الثمن جائزة عندنا خلافا لزفر والشافعى والضمان جائز الاضافة فقد وجد المقتضى للزوم بلا مانع واذا لم يقل من الثمن لم يلتزم الخمسمائة من الثمن بل التزم مالا يعطيه اياه ان باعه بالف وهذه رشوة اذ لم يقابل بالمبيع حيث لم يقل من الثمن فينعقد بالف فقط ثم فى الاول ان كان بامر المشترى كان له ان يحبس المبيع حتى يأخذ الخمسمائة من الضامن لان المبيع على المشترى صار بالف وخمسمائة وللمشترى ان يرابح على الف وخمسمائة ولو كان دارا فالشفيع اخذها بالف وخمسمائة ولو رد بعيب او تقايلا فالبائع يرد الالف على المشترى والخمسمائة على الضامن ولو كان بغير امره لم تثبت الزيادة فى حق المشترى فليس للبائع حبس المبيع على الخمسمائة ويرابح على الف ويأخذها الشفيع بالف ولو تقايلا او رده بعيب او تقايلا البيع فلا شئ على الاجنبى ان سيرد والخمسمائة فان قيل ينبغى ان لا يصح هذا لان الشراء على ان الثمن على الاجنبى لا يجوز فكذا على ان يكون بعضه عليه اجاب الكرخى بمنع كون الشراء على ان الثمن على الاجنبى لا يجوز اذ لا رواية فيه عن اصحابنا وتعقبه الرازى بان محمدا نص على انه اذا اشترى بدين له على غير البائع لا يجوز لانه شرط فى البيع كون تسليم الثمن على المشترى فالاولى ان لا يجوز اذا كان اصله الثمن على غير المشترى ثم اختار ان القياس ان لا يجوز ولكنا تركناه بمعنى حديث ابى قتادة فى الذى امتنع النبى صلى الله عليه وسلم من الصلوة عليه لدين الذى عليه فالتزمه ابو قتادة فصلى عليه فقد التزم دينا لا فى مقابلة شئ يحصل للملتزم وهذه الزيادة من الاجنبى كذلك اذ لم تحصل للاجنبى فى مقابلتها شئ ودفع بانه لو كان بالنظر الى مقتضى الحديث لزم جواز اشتراط كل الثمن على الاجنبى ولا يجوز عن ذلك فالجواب هو ما ذكره المصنف ان هذه الزيادة لها شبه ببدل الخلع حيث لم يكن فى مقابلتها شئ يسلم للملتزم ببدل الخلع يجوز اشتراطه على الاجنبى وقد يقال هذا التعليل قاصر

[illegible] العقد فان احوال الثمن كونه خاسرا او رابحا وعدلا وكونها لا فى مقابلة شئ

قال ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطيها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر وهذا قبض لان وطي الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله وان لم يطأها فليس بقبض والقياس ان يصير قابضا لانه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي وجه الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا **قال** ومن اشترى عبدا فغاب والعبد في يد البائع واقام البائع البينة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع فيه ابطال حق المشتري وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفي الثمن لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي اقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاءه من المشتري يبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شئ يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو ايضا فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه واذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن

في وجه من الثلاثة وهو كونه رائجا فلا يجوز اعتبار الاقل بل الواجب اعتبار الحال الاغلب في المشابهة خصوصا اذا كان مبنى عليها حكم شرعي فالاولى ما قيل ان الزيادة تثبت تبعا فجاز ان تثبت على الغير بخلاف اصل الثمن الثابت مقصودا فان قيل لو ثبت الزيادة ثمنا والاجنبي ضامن بها لزم جواز مطالبة المشتري بها كالكفيل قلنا لا يلزم من صحة الكفالة توجه المطالبة على الاصيل الا ترى ان من قال لزيد على فلان الف درهم انا كفيل بها فانكر فلان طولب الكفيل بها دون فلان فجاز هنا كذلك وذلك لان المشتري لم يلتزمها انما التزم هذا القدر من الثمن الاجنبي والحكم لا يثبت بلا سبب **قوله** ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطيها الزوج فالنكاح جائز ووطي الزوج قبض من المشتري خلافا للائمة الثلاثة اما الاول فلوجود سبب ولاية الانكاح على الامة وهو ملك الرقبة على الكمال بخلاف ما لو ملكها لا على الكمال كما في ملك نصفها لا يملك التزويج به وانما جاز انكاحها قبل القبض ولم يجز بيعها قبله لان البيع يفسد بالغرر دون النكاح وفي البيع قبل القبض احتمال الانفساخ بالهلاك قبل القبض والنكاح لا ينفسخ بهلاك المعقود عليه اعني المراة قبل القبض ولان القدرة على التسليم شرط في البيع وذلك انما يكون بعد القبض وليس بشرط لصحة النكاح الا ترى ان بيع الابق لا يصح وتزويج الابقة يجوز وحاصل هذا انه تعليل النهي عن البيع قبل القبض واذا كان كذلك لم يكن الوارد في منع البيع قبل القبض واردا في النكاح قبل القبض ليثبت بدلالته واما الثاني فلان وطي الزوج حصل بتسليط من المشتري فصار فعله كفعل المشتري ولو وطيها المشتري كان قابضا فكذا الزوج ولو لم يطأها الزوج لا يكون المشتري قابضا استحسانا حتى لو هلكت بعد التزويج قبل الوطي هلكت من مال البائع والقياس ان يصير قابضا بمجرد التزويج وهو رواية عن ابي يوسف حتى اذا هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشتري لان التزويج تعييب للمبيع ولذا يثبت خيار الرد اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج والمشتري اذا عيب المبيع يصير قابضا له وجه الاستحسان انه لم يتصل بها فعل حسي من المشتري والتزويج تعييب حكمي بمعنى تقليل الرغبات فيها فكان كنقصان السعر وكان كالاقرار منه عليها بدين فان المشتري اذا اقر بدين على العبد المبيع لا يصير به قابضا فكذا مجرد التزويج بخلاف الفعل الحسي كان تفقأ عينها مثلا او تقطع يدها فانه انما يصير به قابضا لما فيه من الاستيلاء على المحل واشكل على هذا الاعتاق والتدبير فانه يصير بهما قابضا وليس باستيلاء على المحل بفعل حسي والجواب انما قلنا ذلك فيما يكون نفس الفعل قبضا والمعنى ان الفعل الذي يكون متضمنا الفعل الحسي الذي يحصل به الاستيلاء والقبض الحاصل بالعتق ضروري ليس مما نحن فيه وذلك انه انهاء للملك ومن ضرورة انهاء الملك كونه قابضا والتدبير من واديه لانه به يثبت حق الحرية للمدبر ويثبت الولاء او اذا صح النكاح قبل القبض فلو انتقض البيع بطل النكاح في قول ابي يوسف خلافا لمحمد قال الصدر الشهيد والمختار قول ابي يوسف لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل فصار كان لم يكن فكان النكاح باطلا وقيد القاضي الامام ابوبكر بطلان النكاح ومن اشترى ببطلان البيع قبل القبض بما اذا لم يكن بالموت حتى لو ماتت الجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح فان بطل البيع **قوله** ومن اشترى عبدا فغاب قبل القبض ونقد الثمن فاقام البائع البينة انه باعه اياه ولم يقبض الثمن فان كانت غيبة المشتري غيبة معروفة لم يبعه القاضي في دين البائع لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع فيكون ابطالا لحق المشتري في العين المبيعة من غير ضرورة وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفي الثمن منصب الثمن مفعولا ثانيا للبيع وقوله وان لم يدر اين هو يبين ان الغيبة المعروفة ان يعلم اين هو وقول المصنف في تعليل بيع القاضي لان ملك المشتري ظهر باقراره يعني باقرار البائع فيظهر على الوجه الذي اقر به وهو كونه مشغولا بحقه فيتبين ان البيع من القاضي ليس بهذه البينة لانها لا تقام لاثبات الدين على الغائب فما هي الا لكشف الحال ليبيعه القاضي

وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له ان يحبسه عنه الى ان يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه **قال** ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما

الى المبيع نظرا للغائب لا يثبت الدين عليه فانه لو لم يقبلها لم يجبه الى ذلك فاذا تعذر استيفاؤه والغرض انه احق بمالية هذا العبد لانه كان رهنا لاستيفاء الثمن حتى لو مات المشتري مفلسا كان البائع احق بماليته من سائر الغرماء كالمرتهن اذا مات الراهن فانه احق من سائر الغرماء فيبيعه القاضي على بيعه بخلاف ما بعد قبض المبيع لان حقه اعني حق البائع لم يبق متعلقا به بل هو دين في ذمة المشتري والبينة حينئذ لاثبات الدين ولا يثبت دين على غائب فلا يتمكن القاضي من البيع وقضاء الدين وهذا طريق الامام السرخسي وتقرير شيخ الاسلام يشعر بخلافه حيث قال القياس ان لا تقبل هذه البينة لانها على اثبات حق على الغائب وليس ثم خصم حاضر لا قصدي ولا حكمي فهو كمن اقامها على غائب لا يعرف مكانه لا تقبل وان كان لا يصل الى حقه وفي الاستحسان تقبل لان البائع عجز عن الوصول الى الثمن وعن الانتفاع بالمبيع واحتاج الى ان ينفق عليه الى ان يحضر المشتري وربما تربى النفقة على الثمن والقاضي ناظر لاحياء حقوق الناس فكان للقاضي ان يقبلها بدفع البلية بخلاف ما لو اقامها ليثبت حقا على الغائب ليتبرع شيئا من يده لا يقبلها ولا حاجة في مثله لدفع البلية عن البائع وليس فيه ازالة يد الغاصب عما في يده لان البائع يستوفي حقه مما في يده واورد عليه انه يستلزم بيع المنقول قبل القبض اجيب بان من المشائخ من قال ينصب القاضي من يقبضه ثم يبيعه وقال آخرون لا يحتاج الى ذلك لان هذا البيع يثبت ضمنا لا انه غير مقصود بل المقصود النظر للبائع باحياء حقه والبيع ضمن له هذا اذا كان المشتري واحدا فغاب فلو كان المشتري اثنين فغاب احدهما قبل اعطاء الثمن فالحاضر لا يملك قبض نصيبه الا بنقد جميع الثمن بالاتفاق فلو نقد واختلفوا في مواضع الاول هل يجبر البائع على قبول حصة الغائب عند ابي يوسف لا وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يجبر والثاني انه لو قيل هل يجبر على التسليم نصيب الغائب للحاضر عند ابي يوسف لا بل لا يقبض الا نصيبه على وجه المهايأة وعندهما يجبر والثالث لو قبض الحاضر العبد هل يرجع على الغائب بما نقده عند ابي يوسف لا وعندهما يرجع وللحاضر حبس نصيب الغائب اذا حضر حتى يعطيه ما نقده عنه وجه ابي يوسف ان الحاضر قضى دين الغائب بغير امره فكان متبرعا فلا يرجع واذا لم يكن له الرجوع لم يكن له قبض حصته لانه اجنبي عنها ولهما انه مضطر فيه اي في دفع حصة الغائب لانه لا يمكنه الانتفاع بملكه الا باداء الجميع لان البيع الصادر اليهما من البائع صفقة واحدة والمضطر يرجع وله حق الحبس وصار كمعير الرهن اذا افلس الراهن وهو المستعير او غاب فان المعير اذا افتكه بدفع الدين يرجع على الراهن لانه مضطر فيه وكان كصاحب العلو اذا سقط لسقوط السفل كان له ان يبني السفل اذا لم يبنه مالكه بغير امره ليتوصل به الى بناء علوه ثم يرجع عليه ولا يمكنه من دخوله ما لم يعطه ما صرفه غير انه في مسئلة السفل لا يفترق الحال بين كون صاحبه غائبا او حاضرا وفي مسئلتنا لا يثبت له حق الرجوع الا اذا كان غائبا لانه اذا كان حاضرا لا يكون مضطرا في ايفاء الكل اذ يمكنه ان يخاصمه الى القاضي في ان ينقد حصته ليقبض نصيبه بخلاف مسئلة السفل فان صاحب العلو لو خاصم في ان يبني السفل لا يقضى عليه ببنائه فكان مضطرا حال حضوره وغيبته وله اي للحاضر وشمل صورة حضوره بمعنى عدم الاضطرار ما لو استاجر رجلان دارا فغاب احدهما قبل نقد الاجرة فنقد الحاضر جميعها يكون متبرعا لانه غير مضطر في نقد حصة الغائب اذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة ذكره التمرتاشي واذا ثبت حق الحبس في مسئلتنا للحاضر فله حبسه الى ان يستوفي الكل ولو بقي درهم كالوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من مال نفسه له ان يحبس المبيع عن الموكل الى ان يعطيه جميع الثمن **قوله** ومن اشترى جارية الخ صورتها ان يقول اشتريت هذه الجارية بالف مثقال ذهب وفضة او يقول البائع بعتك هذه الخ ولفظ الجامع في رجل يقول للرجل بعتك هذه الجارية بالف مثقال ذهب جيد وفضة قال هما نصفان خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها بخلاف ما لو قال بالف من الدراهم والدنانير لا يحتاج الى بيان الصفة وينصرف الى الجياد وهو عرف

قال ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد رحمه‌الله وقال ابو يوسف رحمه‌الله يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له **قال** واذا افرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض لانه اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف وكما اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه لم يكن له ما لم يكف

من هذه العبارة وان البيع ينعقد بلفظ المضارع ولو احتمل العدة اذا اريد به الحال وقيل بل هذه العبارة مساومة والمعنى انه اذا قال له ذلك ثم باعه على الوجه ثبت الانقسام وفيه ان اضافة المثقال الى الذهب ثم عطف الفضة عليه مرسلا يوجب كون الفضة ايضا مضافا اليها المثقال وينفي وهم ان يقيد بحالة الفضة لان المثقال غلب في الذهب فتصير الفضة مرسلة عن قيد الوزن بل ينصرف اليهما وكذا اضافة الجودة لان العطف يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المتعاطفين في المثقال المتقدم ذكره بالذهب والفضة الا ترى انه لو قال عبده حر غدا وامرأته طالق وقعا جميعا غدا فانهما مضافان ذكره في كشف الغوامض وفي المبسوط لو قال الف من الدراهم والدنانير فعليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم بوزن سبعة لانه المتعارف في الدراهم فينصرف اليه وكذا لو قال الف من الذهب والفضة وجب خمسمائة مثقال من الذهب وخمسمائة درهم بوزن سبعة من الفضة لان المتعارف في وزن الذهب والفضة ذلك وليس احدهما بان يصرف احدهما من المتعارف فيه فينصرف الى الوزن المعهود وهذا اذا كان المتعارف في بلد العقد في اسم الدراهم ما يوزن سبعة والمتعارف في بعض البلاد لان كالشام والحجاز ليس ذلك بل وزن ربع وقيراط من ذلك الدرهم واما في عرف مصر فلفظ الدراهم ينصرف الى وزن اربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس الا ان يقيد بالفضة فينصرف الى درهم بوزن سبعة فان ما دونه ثقل او خف ليموه بتضعيف فضة وكذا هذا الانقسام في كل ما يقر به من الكيل والموزون والثياب وغيرها قرضا او سلما او غصبا او وديعة او بيعا او شراء او مهرا او وصية او كفالة او جعلا في خلع ومنه لو قال علي كر حنطة وشعير وسمسم كان عليه الثلث من كل جنس **قوله** ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه عشرة زيوفا وهو اي رب الدين لا يعلم انها زيوف فهو قضاء حتى لو انفقها الدائن او هلكت ثم علم ليس له ان يرجع وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمه‌الله وقال ابو يوسف له ان يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد وذكر فخر الاسلام وغيره ان قولهما قياس وقول ابي يوسف هو الاستحسان له ان حقه في الجودة مرعي كحقه في المقدار وقد تعذر ضمان الوصف بانفراده لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا من ضمان الاصل ليصل الى الوصف ولهما انه اي الزيوف من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف وراس مال السلم جاز وما جاز الا لانه لم يعتبر استبدالا بل نفس الحق فيقع به الاستيفاء وانما يبقى حقه في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها بعد هلاك الدراهم لما ذكرنا من انه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها لا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه يعني هو ايجاب للقابض على نفسه ولا نظير له في الشرع الا ان ابا يوسف يفصل يمنع انه لا يمكن تداركها بل تداركها بما ذكرنا من ايجاب المثل ممكن وهذا كما لو وجدها ستوقة او نبهرجة فهلكت ليس يرد مثلها فان قال الستوقة ليست من جنس الجياد حتى لا يعتبر مقتضيا حقه بها قلنا وكذلك لا يصير مستوفيا حقه بالزيف الا ان علم فرضي باعتبار انه تارك لبعض حقه وهو صفة الجودة قولهم فيه ايجاب له عليه وهو كونه يجب له عليه لانه قبض جنس حقه فاذ ضمن مثله كان الوجوب لنفسه على نفسه اذ المديون لا يلزمه شيئا قلنا يجوز ذلك اذا افاد كالمولى اذا اتلف بعض اكساب عبده الماذون وقد افاد هنا تدارك بعض حقه كشراء الانسان مال نفسه الا اذا افاد ويجوز نحو ان يشتري مال المضاربة او كسب عبده الماذون المديون وبما ذكرنا يبطل قولهم لا نظير له في الشرع ويجاب بمنع الاتحاد في المستشهد بل الضمان في الماذون للغرماء وهذا المقبوض كله ملكه ومن له الحق ومن عليه واحد وهو رب الدين ولا نظير له في النوازل اشترى بالجياد ونقد الزيوف اخذها الشفيع بالجياد لانه انما ياخذ بما اشترى ولو باعها مرابحة فان راس المال الجياد وفي الاجناس اشترى بالجياد ونقد الزيوف ثم حلف انه اشتراها بالجياد قال ابو حنيفة لا يحنث وقال ابو يوسف يحنث والله الموفق **قوله** واذا افرخ طير في ارض رجل فهو

اوكان مستعدا له بخلاف ما اذا عسّل النحل في ارضه لانه عد من انزاله فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في ارضه بجريان الماء

كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمى به للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا

لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبي اي دخل كناسه والكناس بيت الظبي وفي بعض النسخ تكسر او وقع فيها فتكسر وتحيز بعما لو كسره رجل فيها فانه لذلك الرجل لا للآخذ ولا يختص بصاحب الارض لانه اي لان كلا من الطير والفرخ والبيض وقد صلح في نسخة لانها مباح سبقت يده اي يد الآخذ اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بلا حيلة والصيد لمن اخذه وبعض اهل الصيد فيلتحق به ولهذا يحسب عنه الجزاء على المحرم بكسره او شيه لانه المقصود بقوله تعالى بناله ايديكم في قوله تعالى ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله ايديكم ورماحكم كذا ذكره وقوله وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك جملة حالية هو قيد لقوله فهو لمن اخذه اي انما يكون للآخذ اذا لم يكن صاحب الارض اعدها لذلك بان حفر فيها تبرا ليسقط فيها او اعد مكانا للفراخ ليأخذها فان كان اعدها لذلك لا يملكها الآخذ بل رب الارض لصيرورته بذلك فالصائد حقا كمن نصب شبكة ليجففها فتعقل بها صيد فهو لمن اخذه لا لصاحب الشبكة لانه لم يعدها الا للآخذ وكما اذا دخل الصيد داره فلم يعلم فاغلق بابه فهو لمن اخذه فان علم به واغلق الباب عليه او سد الكوة كان لصاحب الدار وكذا اذا وقع في ثيابه النثار من السكر او الدراهم فهو لمن اخذه ما لم يكف ثوبه على الساقط فيه وما هذه مصدرية نائبة عن ظرف الزمان اي هو للآخذ في زمان عدم كفه الثوب

قوله او كان مستعدا له اي للنثار بان بسط ثوبه لذلك عطف على مقدر تقديره فيما اذا كفه او كان مستعدا فهو له اما اذا عسّل النحل في ارضه فهو لصاحب الارض لانه عد من انزاله اي ثمن زيادات الارض اي ما يثبت فيها فيملكه تبعا للارض كالشجر النابت فيها كالتراب والطين المجتمع فيها بجريان الماء عليها والانزال جمع نزل وهو الزيادة وذكر ضمير لانه وهو عائد الى الارض وهي مؤنثة على تأويل المكان ومثله وقع في شعر العرب قال فلا مزنة ودقت ودقها * ولا ارض ابقل ابقالها ** ومن جنس هذه المسائل لو اتخذ في ارضه حظيرة للسمك فدخل الماء والسمك ملكه ولو اتخذت لغيره فلمن اخذ السمك فهو له وكذا في حفر الحفيرة اذا حفرها للصيد فهو له او لغرض آخر فهو للآخذ وكذا اصرف وضع على سطح بيت فابتل بالمطر فعصره رجل فان كان وضعه للماء فهو لصاحبه والا فالماء للآخذ ولو باض صيد في ارض رجل او تكسير فيها فجاء رجل ليأخذها فمنعه صاحب الارض فان كان في موضع يقدر صاحب الارض على اخذه قريبا منه بان كان بحضرته كان الصيد لرب الارض كانه اخذه عنده وان لم يكن بحضرته لا يملك

كتاب الصرف

لما كان قيوده اكثر كان وجوده اقل فتقدم ما هو اكثر وجودا وايضا لما كان عقدا على الاثمان والثمن في الجملة تبع لما هو المقصود من البيع اخر عن انواع البيوع المتضمنة للمقاصد الاصلية اعني المبيعات ومفهومه لغة وشرعا يذكره المصنف ويشترط التقابض للبدلين قبل الافتراق وان اختلف المجلس ولهذا لم يصح فيه اجل ولا خيار الشرط لان خيار الشرط يمنع ثبوت الملك او تمامه على الرأيين منهم وذلك يخل بالقبض المشروط وهو القبض الذي يحصل به التعيين بخلاف خيار الرؤية والعيب لا يمنع الملك في المبيع فلا يمنع تمام القبض فلو افترقا وفي الصرف خيار عيب او رؤية جاز الا انه لا يتصور في النقد وسائر الديون خيار رؤية لان العقد ينعقد على مثلها لا عينها حتى لو باعه هذا الدينار بهذه الدراهم لصاحب الدينار ان يدفع غيره وكذا لصاحب الدراهم بخلاف الاواني والحلي ولو اسقطا في المجلس خيار الشرط والاجل عاد الصرف صحيحا خلافا لزفر واورد عليه كيف جاز ان يقول التقابض شرط الجواز وهو متأخر عن العقد فانما هو حكمه والجواب ان المختار انه ليس الا شرط بقائه على الصحة فالاشكال على قول بعض القائلين انه شرط الجواز واجابوا بان تأخيره صورة نفي ايجاب قبض ملك الغير فهو معتبر مقارنا ومتقدما شرعا وان كان متأخرا صورة ولا يخفى انه ينبغي ان يستغني عن هذا التكلف بارتكاب القول الآخر واما مفهومه شرعا فبيع ما من جنس الاثمان بعضها ببعض هذا قول القدوري الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان وانما قال من جنس الاثمان

قال فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفت فى الجودة والصياغة لقوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا الحديث وقال عليه السلام جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه فى البيوع

ولم يقتصر على قوله بيع ثمن بثمن ليدخل بيع المصنوع بالمصنوع او بالنقد فان المصنوع بسبب ما اتصل من الصنعة به لم يبق ثمنا صريحا ولهذا يتعين فى العقد ومع ذلك بيعه صرف وانما سمى اصطلاحا به لان مفهومه اللغوى هو النقل ومنه فى دعاء الاستخارة فاصرفه عنى واصرفنى عنه ونقل كل من البدلين عن مالك الى الآخر بالفعل شرط جوازه فكان فى المسمى معنى اللغة فسمى باسم ذلك المعنى المشروط فيه او هو اى معناه اللغوى الزيادة وهذا العقد لا يطلب به الا الزيادة دون الانتفاع بعين البدل الآخر فى الغالب لانه لا ينتفع بعينه بخلاف نحو الطعام والثوب والحمار والمراد ان يقصد كل من المتعاقدين التجارة والربح فيه بالنقل والا خلا العقد عن الفائدة والزيادة تسمى صرفا وبه سميت العبادة النافلة صرفا فى قوله صلى الله عليه وسلم ومن انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا فذكر المصنف ان المراد بالصرف النافلة التى هى الزيادة والعدل الفرض الذى هو مستحق عليه ولا شك فى مناسبة تسمية الفرض عدلا فقيل عليه قد فسر الزمخشرى بغير هذا وقال فى الفائق فى قوله صلى الله عليه وسلم لاهل المدينة من احدث فيها حدثا او آوى محدثا فعليه لعنة الله الى يوم القيمة لا يقبل منه صرف ولا عدل الصرف التوبة لانه صرف النفس عن الفجور الى البر والعدل الفدية من المعادلة والفدية يعادل نفسه والمراد من احدث الحدث فعل ما توجب الحد والجواب ان اهل اللغة اختلفوا فى ذلك بعد ذكر الجمهرة عن بعض اهل اللغة الصرف الفريضة والعدل النافلة وفى الغريبين عن بعضهم الصرف النافلة والعدل الفريضة كما ذكر المصنف ولا اعتراض مع انه الانسب واعلم ان الاموال تنقسم الى ثمن على كل حال وهى الدراهم والدنانير صحبها حرف الباء اولا وسواء كان ما يقابلها من جنسها او من غيره والى ما هو مبيع على كل حال وهو ما ليس من ذوات الامثال من العروض كالثياب والحيوان والى ما هو ثمن من وجه مبيع من وجه وهو المكيل والموزون فانها اذا عينت فى العقد كانت مبيعة وان لم تعين فان صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهى ثمن وان لم يصحبها حرف الباء ولم يقابلها ثمن فهى مبيعة وهذا لان الثمن ما يثبت فى الذمة دينا عند المقابلة قال الفراء فى قوله تعالى وشروه بثمن بخس الثمن ما يثبت فى الذمة دينا والنقود لا تستحق بالعقد الا دينا خلافا للائمة الثلاثة فعندهم تتعين الذهب والفضة اذا عينت حتى لو هلكت الدراهم المعينة فى البيع قبل القبض بطل البيع لا يجوز استبداله وهذا تقسيم المال باعتباره فى نفسه وتقسيم باعتبار الاصطلاح على الثمنية وهى فى الاصل سلعة فان كانت رائجة فهى ثمن لا تتعين بالتعيين وان كانت كاسدة فهى سلعة كالفلوس **قوله** فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل يعنى فى العلم لا بحسب نفس الامر فقط وان اختلفا فى الجودة والصياغة فيدخل الاناء بالاناء فلو باعهما مجازفة ولم يعلما كيتهما وكان فى نفس الامر متساويين لم يجز ولو وزنا فى المجلس فظهرا متساويين يجوز وعن ابى حنيفة رح لا يجوز وان كانا متساويين خلافا لزفر هو يقول الشرط التساوى وقد ثبت واشتراط العلم به زيادة بلا دليل قلنا بل هو شرط بدليل وهو ان الموهوم فى هذا العقد جعل كالمعلوم شرعا وما لم يعلم المساواة توهم الزيادة حاصل فيكون كثبوت حقيقة الزيادة ومقتضى هذا ان لا يجوز اذا وزن فى المجلس فظهر تساويا ايضا لكن جاز فى الاستحسان عند اتحاد المجلس كان العقد انشاء الآن لان ساعاته كساعة واحدة واما عدم جواز بيع الحنطة بالحنطة وزنا معلوما فلعدم العلم بالمساواة كيلا اذ المساواة وزنا لا تستلزمه بالنسبة الى الكيل والمعتبر فيما كان مكيلا فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم التقدير بالكيل على ما سلف وعن هذا اذا اقتسما كيلا موازنة لا يجوز لان القسمة كالبيع واستدل المصنف فى وجوب المساواة بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثلا بمثل الحديث وقد تقدم وجه الانتصاب انه بالعامل المقدر اى بيعوا او الاولى حيث كان الذهب مرفوعا فى الحديث ان يجعل حالا متعلق المجرور اى الذهب يباع بالذهب مثلا بمثل نعم حديث الخدرى فى البخارى عنه صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل الظاهر فيه انه مفرغ للحال وبقية الحديث ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غائبا

قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر رضي الله عنه وإن استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره ولأنه لا بد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن الكالئ بالكالئ ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربا ولأن أحدهما ليس بأولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ أو لا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما ولا يتعين الآخر لإطلاق ما روينا ولأنه إن كان يتعين ففيه شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربا والمراد منه الافتراق بالأبدان حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معا في جهة واحدة أو ناما في المجلس أو أغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنهما وإن وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم بخلاف خيار المخيرة لأنه يبطل بالإعراض

بناجز والشف بالكسر من الأضداد للنقصان والزيادة والمراد هنا لا تزيدوا بعضها على بعض ولا يتجه في معنى النقص والإشفاف ولا تشفوا بعضها عن بعض وقوله وزنا بوزن بعد ذلك ولا تشفوا في حديث البخاري المذكور تفسير لمثلا بمثل فإن المثلية أعم فسرها بأنها من حيث المقدار وتقدم حيث جيدها ورديها سواء أيضا وتخريجه وهو دليل سقوط اعتبار الجودة وسقوط زيادة الصياغة بما روى محمد عن أبي حنيفة عن الوليد بن سريع عن أنس بن مالك قال أتي عمر بن الخطاب رضي الله عنه بإناء خسرواني قد أحكمت صياغته فبعثني به لأبيعه فأعطيت وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر فقال أما الزيادة فلا. هذا ويدخل في إطلاق المساواة المصوغ بالمصوغ والتبر بالآنية حتى لو باع إناء فضة أو ذهب بإناء فضة أو ذهب وأحدهما أثقل من الآخر لا يجوز بخلاف إناءين من غيرهما نحاس أو شبه حيث يجوز بيع أحدهما بالآخر وإن تفاضلا وزنا مع أن النحاس وغيره مما يوزن من الأموال الربوية أيضا وذلك لأن صفة الوزن في النقدين منصوص عليها فلا تتغير بالصنعة ولا يخرج عن كونه موزونا بتعارف جعله عدديا لو تعورف ذلك بخلاف غيرهما فإن الوزن فيه بالعرف فيخرج عن كونه موزونا بتعارف عدديته إذا صيغ وصنع **قوله** ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق بإجماع الفقهاء وفي فوائد القدوري المراد بالقبض هنا القبض بالبراجم لا بالتخلية يريد باليد وذكرنا آنفا أن المختار أن هذا القبض شرط البقاء على الصحة لا شرط ابتداء الصحة لظاهر قوله صلى الله عليه وآله وسلم وإذا افترقا بطل العقد وإنما يبطل بعد وجوده وهو الأصح وثمرة الخلاف فيما إذا ظهر الفساد فيما هو صرف يفسد فيما ليس صرفا عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يفسد على القول الأصح وقوله لما روينا يعني قوله يدا بيد وكذا ما روينا من حديث البخاري قوله صلى الله عليه وسلم ولا تبيعوا منها غائبا بناجز وقول عمر وإن استنظرك إلى آخره رواه مالك في الموطأ عنه قال لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ولا تبيعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر حاضر وإن استنظرك أن يلج بيته فلا تنظره إلا يدا بيد هات وهات إني أخشى عليكم الرما وفي رواية قال الرما الربا وهو الربا ورواه عبد الرزاق وقال أن يدخل بيته ولما ثبت نص الشرع بإلزام التقابض عليه الفقهاء بما ذكره المص وحاصله أن للتعدد مزية على النسيئة فيتحقق الفضل في أحد العوضين وهو الربا ولما كان مظنة أن يقال هذا غير لازم في قبض العوضين لجواز أن يجعل إلى ما نسبه قال لا بد شرعا من قبض أحد العوضين كيلا يلزم بيع الكالئ بالكالئ أي الدين بالدين فلو لم يقبض الآخر لزم الربا لما قلنا وأيضا يلزم الترجيح بلا مرجح لأنهما استويا في تعين الثمنية فإذا وجب قبض أحدهما فكذا الآخر لعدم الأولوية فإن قيل تعليل الكتاب يخص الثمنين المحضين اللذين لا يتعينان والحكم وهو لزوم التقابض ثابت وإن كان أحدهما يتعين بالتعيين كالمصوغ فأجاب بأن ذلك لإطلاق ما روينا من قوله صلى الله عليه وآله وصحابه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة وتناول الإطلاق المذكور بأن المتعين أيضا كالمصوغ فيه شبهة عدم التعين إذ فيه شبهة الثمنية إذ قد خلق ثمنا والشبهة في باب الربا كالحقيقة على ما مر غير مرة ولما كان المعول عليه تناول النص بإطلاقه لم يدفع أن الثابت شبهة الشبهة بل وجب بالنص إلحاق شبهة شبهة الربا في هذا الحكم وقوله في جهة واحدة لأنهما لو مشيا كل في جهة كان افتراقا مبطلا وقول ابن عمر رضي الله عنه وإن وثب من سطح فثب يفيد عدم بطلان العقد بمجرد اختلاف المكان بل إذا لم يوافقه الآخر فيه وهذا لأنه بمجرد وثوب أحدهما اختلف مكانهما ولم يعتبر بالغا إلا إذا لم يثب معه وحديث ابن عمر رضي الله عنهما هذا غريب جدا من كتب الحديث وذكره في المبسوط وعن أبي جبلة قال سألت عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقلت إنا نقدم أرض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفي وإن وثب على سطح فثب معه وفيه دليل رجوعه عن جواز التفاضل كما هو مذهب ابن عباس وعن ابن عباس أيضا رجوعه وفيه دليل أن المفتي إذا أجاب لا بأس أن يبين للسائل

وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربوا الاهاء وهاء فان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره وفيه خلاف زفر رح **قال** ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر رح لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد الى مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا كما في المسلم فيه

طريق تحصيل مطلوبه كما فعله صلى الله عليه وسلم حيث قال لبلال رضي بع التمر ببيع آخر ثم اشتر له انما المحظور تعليم الحيل الكاذبة لاسقاط الواجبات قال وكذا المعتبر في قبض راس المال مال السلم يعني ان يقبضه قبل الافتراق دون اتحاد المجلس بخلاف خيار المخيرة فانها لو قامت قبل الاختيار لبطل وكذا اذا اشتغلت مع زوجها في جهة واحدة فان ذلك دليل اعراضها عما كان فيه لان المعتبر في الابطال هناك دليل الاعراض والقيام ونحوه دليله فلزم فيه المجلس وتعلق الصحة بعدم الافتراق لا يبطل لو ناما في المجلس قبل الافتراق او اغمي عليهما او طال قعودهما وعن محمد رح حيل الصرف كخيار المخيرة يبطل بدليل الاعراض كالقيام من المجلس حتى لو ناما او احدهما فهو فرقة ولو ناما جالسين فلا وعنه القعود الطويل فرقة دون القصير ولو كان لرجل على آخر الف وللآخر عليه مائة فارسل رسولا يقول له اتقبل الدراهم التي لي عليك بالدنانير التي لك علي فقال قبلت كان باطلا وكذا لو نادى احدهما صاحبه من وراء جدار او من بعيد لانهما متفرقان وعن محمد رح لو قال الاب اشهدوا اني اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة وقام قبل نقدها بطل هذا ويجوز الرهن ببدل الصرف والحوالة به كما في راس مال السلم **قوله** وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة واشترط القبض لما روى الستة من حديث عمر بن الخطاب رضي عن النبي صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء قيل ومعنى قوله ربا اي حرام باطلاق اسم الملزوم على اللازم ولا مانع من جعله في حقيقته شرعا وان اسم الربا يتضمن الزيادة من الاموال الخاصة في احد العوضين في قرض او بيع ووجه الاستدلال انه استثنى حالة التقابض من الحرام بحصر الحل فيها فينتفي الحل في كل حالة غيرها فيدخل في عموم المستثنى حالة التفاضل والتساوي والمجازفة فيحل كل ذلك وقوله الا اذا اسقط الخيار في المجلس استثناء من لازم قوله لا يصح شرط الخيار وهو فوات الشرط المستلزم للبطلان اي شرط الخيار يفوت الشرط الا اذا اسقطه فلا يفوت فيعود الى الجواز وقدمنا نقل خلاف زفر فيه هذا وبين الفساد بترك القبض والفساد بالاجل فرق على قول ابي حنيفة في مسئلة وهي ما اذا باع جارية في عنقها طوق فضة زنته مائة بالف حتى انصرف للطوق مائة من الالف فيصير صرفا فيه وتسعمائة للجارية بيعا فانه لو فسد بترك القبض بطل في الطوق وبيع الجارية بتسعمائة صحيح ولو فسد بالاجل يفسد فيهما عنده خلافا لهما وفرق بان في الاول انعقد صحيحا ثم طرأ المفسد فيقتصر محله وهو الصرف وفي الثاني انعقد اولا على الفساد فشاع وهذا على الصحيح من ان القبض شرط البقاء على الصحة وفي الكامل لو اسقط الاجل من له الاجل دون الآخر صح في المشهور وليس في الدراهم والدنانير خيار رؤية لان العقد لا ينفسخ بردها لانه انما وقع على مثلها بخلاف التبر والحلي والاواني من الذهب والفضة لانه ينتقض العقد برده لتعينه فيه ولو وجد احدهما او كلاهما دون الافتراق زيفا او ستوقا فالحكم في جميع ابوابه الاستبدال والبطلان كراس مال السلم **قوله** ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه وكل منهما ثمن الصرف فالحاصل انه لا يجوز التصرف في واحد من بدلي الصرف قبل قبضه بهبة ولا صدقة ولا بيع فان فعل بعض ذلك مع العاقد بان وهبه البدل او تصدق به عليه او ابرأه منه فان قبل بطل الصرف لتعذر وجوب القبض واذا تعذر الشرط ينتفي المشروط وان لم يقبل لا ينتقض لان البراءة وما معها سبب الفسخ فلا ينفرد به احدهما بعد صحة العقد وفرع عليه ما لو باع دينارا بعشرة مثلا ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض في العشرة مستحق حقا لله تعالى فلا يسقط باسقاط المتعاقدين فلو جاز البيع في الثوب سقط فلا يجوز بيع الثوب والصرف على حاله يقبض بدله من عاقده معه واورد عليه ان فساد الصرف حق الله تعالى وصحة بيع الثوب بحق العبد فتعارضا فيتقدم حق العبد لتفضل الله سبحانه بذلك اجيب بان ذلك بعد ثبوت الحقين ولم يثبت حق العبد

ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا **قال** ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب وكذا لو اشتراها بالفي مثقال الف نسيئة والف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما وكذلك ان باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون فدفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلك لما بينا وكذلك ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما فيحمل عليه لظاهر حاله فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص السيف بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه فان كانت مثله او اقل منه او لا يدرى لا يجوز البيع للربوا او لاحتماله وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين فترجحت

لانه يفوت حق الله تعالى بعد تحققه فيمتنع لانه يرتفع والتقدير فيما اذا ثبتا فيرتفع احدهما فضلا وقد نقل عن زفر صحة بيع الثوب لان الثمن في بيعه لم يتعين كونه بدل الصرف لان التقييد لا يتعين فاضافة العقد الى بدل الصرف لعدم اضافته فيجوز كما يجوز شراء ثوب بدرهم لم يشتبهها وهذا على احدى الروايتين عنه ان النقود لا تتعين في البياعات فاما على الرواية الاخرى عنه فيجب ان لا يصح بيع الثوب قلنا قبض بدل الصرف واجب والاستبدال بغيره فكان شرطا ان يفاد ثمن الثوب من بدل الصرف شرطا فاسدا فيمنع الجواز لاسقاط الثمن به كذا ذكر غيره واقول ولا يخفى كثرة ما ذكره واني عدم تعيين النقد في البيع مع انه لو اشار الى دراهم وعينها كان له ان يحبسها ويدفع غيرها وحاصل شراء الثوب ببدل الصرف ليس الا تعيين الثمن الدراهم فلو كان ذلك شرطا فاسدا لمنع الجواز لبطل ما ذكره واني عدم تعيين الدراهم في البيع وكان كلما تعينت الدراهم فسد البيع لانه لا تتعين لا جرم ان المصنف انما اجاب بان الثمن في باب الصرف مبيع لاستدعاء المبيع مبيعا ولا مبيع فيه سوى الثمن فكان كل ثمن منهما مبيعا وثمنا فجعله بدل الثوب وثمنه بيع له وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز يعني واذا لم يجز لم يدخل في ملك بائع الثوب وانت تعلم ان زفر انما قال بجواز بيع الثوب بناء على عدم تعيين بدل الصرف ثمنا فجاز ان يعطي من غيره ولا شك انه يقول بعدم جواز بيع المبيع قبل القبض فاذا قال بصحة بيع هذا الثوب لعدم تعيين بدل الصرف في ثمنه كان بالضرورة قائلا بان المبيع العقد موجبا دفع مثله ويكون تسميته بدل الصرف تقديرا لثمن الثوب سواء سميته مبيعا او ثمنا لانه انما يلزم بيع المبيع قبل القبض اذا لزم تسليمه بعينه وليس هناك كذا فان كان هذا واقعا لم ينتقض ما دفع به المص من ذلك بل يجب صحة بيع الثوب واعطاء ثمن من مسكه البائع ولما لم يكن تمليك بائع الثوب بدل الصرف لزم بالضرورة اعطاء غيره وهكذا النقل المقدوري عنه اعني ان البيع الثاني جائز ويكون ثمن المبيع مثل الذي في ذمة المشتري قال وهذا على احدى الروايتين عن زفر ان الدراهم لا تتعين فاذا لم تتعين يقع البيع بمثل بدل الصرف وعلى هذا فبطل ان بيع الثوب مطلقا كما هو جواب المذهب مشكل ثم تفسير صاحب النهاية لغاصب الدراهم اذا اشترى واشار اليها ودفعها بحيث يحرم الانتفاع بذلك المبيع ح غير مطابق لان اجازة بيع الثوب على ما قدرنا بان يدفع مثل بدل الصرف لا نفسه **قوله** ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة وكذا سائر الاموال الربوية بخلاف جنسها كالحنطة بالشعير لان المانع من المجازفة اشتراط العلم بالمساواة والمساواة غير مشروطة فيه اي في بيع الذهب بالفضة وكل جنسين مختلفين كذلك لكن يشترط فيه القبض في المجلس لما ذكرنا يعني قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء لكن العادة في مثله ان يقول لما روينا ثم المراد بالمجلس ما قبل الافتراق نعبر بالمجلس عنه **قوله** ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال فضة بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا صرف النقود الى الطوق وان لم يبين الدافع وكذا لو قال خذ منهما صرف ايضا الى الطوق وصح البيع فيهما تحريا للجواز بتحكيم ظاهر حالهما اذ الظاهر قصدهما الى الوجه المصحح لان العقد لا يفيد تمام مقصودهما الا بالصحة فكان هذا الاعتبار عقلا عملا بالظاهر الظاهر يجب العمل به بخلاف ما لو صرح فقال خذ هذا الالف من ثمن الجارية فان ظاهر عارضه التصريح بخلافه واذا قبضه ثم افترقا بطل في الطوق كما اذا لم يقبضه فان قلت فمعنى قوله خذه منهما عارضه ايضا قلنا لا نسلم لان المثنى قد يستعمل في الواحد ايضا قال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد من احدهما وهو البحر الملح ويا معشر الجن والانس الم ياتكم رسل منكم وانما الرسل من الانس في مذهب اهل الحق وقال نسيا حوتهما وانما نسيه فتى موسى وقال صلى الله عليه وسلم في قصة مالك بن الحويرث وابن عم له اذا سافرتما فاذنا واقيما وانما اراد ان يؤذن احدهما وقال تعالى قد اجيبت دعوتكما

قال ومن باع إناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الإناء مشتركا بينهما لأنه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لأنه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولو استحق بعض الإناء فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته وإن شاء رده لأن الشركة عيب في الإناء ومن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصته ولا خيار له لأنه لا يضره التبعيض **قال** ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس منهما بخلافه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف إذا باع كر شعير وكر حنطة بكري حنطة وكري شعير لهما أن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه لأنه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز وإن كان فيه تصحيح التصرف كما إذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب وكذا إذا اشترى عبدا بألف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يجوز في المشترى بألف وإن أمكن تصحيحه بصرف الألف إليه

والمراد وعموم سوت الإلا أنه قد قيل إن هارون كان يؤمن على دعائه فإذ صح الاستعمال وكثر وجب الحمل عليه لما قلنا وذكرنا من قريب أنه لو كان الفساد بسبب الأجل في العقد شاع الفساد في الجارية أيضا على قول أبي حنيفة لأن الفساد في ابتداء العقد بخلافه عن الافتراق هذا ووقع في تصوير المسئلة حيث جعل طوقها ألف مثقال فضة فإنه عشرة أرطال بالمصري ووضع هذا المقدار في العنق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب وعرف من هذا الوجه أن كون قيمتها مع مقدار الطوق سواء ليس بشرط بل الأصل أنه إذا بيع نقد مع غيره بنقد من جنسه لا بد أن يزيد الثمن على النقد المضموم إليه ومثل هذا فيما إذا باع سيفا محلى بمائة وحليته خمسون بمائة وخمسين أو بمائة وعشرة فدفع من الثمن خمسين فإنه يجب فيه هذا الاعتبار ولو لم يتقابضا في الصورتين حتى افترقا بطل في حصة الطوق والحلية لأنه صرف فيهما ويصح في الجارية وأما السيف فإن كانت الحلية لا تتخلص منه إلا بضرر فسد في السيف أيضا لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر ولهذا لا يجوز إفراده بالبيع كما مر في جذع من سقف فإن كانت تتخلص بلا ضرر جاز فيه كالجارية لأنه أمكن إفراده بالبيع وبطل في الحلية خاصة ثم الجواب في المسئلتين مقيد بما إذا كانت الفضة المفردة يعني الثمن أكثر من الطوق والحلية فإن كانت مثله أو أقل أو لا يدري واختلف المقومون في ذلك لا يجوز البيع للربا حقيقة فيما إذا كانت أقل أو مساوية بسبب زيادة البدل الآخر وهو للمبيع الفضة زيادة من جنسه أو من غيره وهو نفس الجارية والسيف أو احتمال الربا فيما إذا لم يدر الحال وتقدم أنه لا بد من العلم بالمساواة فإن قيل في صورة الاحتمال لم يقطع بالفساد أجاب بأن جهة الفساد فيه متعددة فإنها من وجهين وهو تجويز الأقلية والمساواة بخلاف الصحة فإنها على تقدير واحد وهو الزيادة فرجحت جهة الفساد على أن مجرد احتمال الربا كاف في الفساد فلا حاجة إلى الترجيح مع أنه يرد عليه أن الترجيح بما يصلح بنفسه علة للفساد ويحتاج إلى الجواب بأن المعنى أن احتمال أحدهما فقط مفسد فكيف إذا اجتمعا وعلى هذا كل ما اشترى بالفضة فضة مع غيرها أو بالذهب ذهبا مع غيره. **قوله** ومن باع إناء فضة بفضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الإناء مشتركا بينهما لأنه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يقبض ولا يشيع الفساد في الكل لأنه طارئ بعد صحة العقد في الكل بناء على ما هو المختار من أن التقابض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط الانعقاد على وجه الصحة فيصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولا تخيير واحد من المتعاقدين لأن عيب الشركة جاء بفعلهما وهو الافتراق بلا قبض بخلاف ما لو استحق بعض الإناء فإن المشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته وإن شاء رده لأن الشركة عيب ولم يحدث بصنعه بخلاف ما لو باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها حيث يأخذ الباقي بحصتها ولا خيار له لأنه لا يضره التبعيض فلم يلزم العيب وهو الشركة لإمكان أن تقطع حصته منها **قوله** ومن باع درهمين ودينارا بدينارين ودرهم جاز البيع وجعل كل واحد من الجنسين بخلافه فيعتبر الدرهمان بدينارين والدرهم بالدينار وقال زفر والشافعي لا يجوز وعلى هذا الخلاف إذا باع كر شعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة أو باع السيف المحلى بفضة ولا يدري مقدار الحليتين وكذا درهم ودينار بدرهمين ودينارين لهما أن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه أي تصرف العاقد لأنه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين وهو أن يكون كل جزء على الشيوع مقابل الكل جنسه وعلى الشيوع فيندرج فيه من ذلك الجزء وخلاف جنسه إذ أجزاء دينارين أكثر من أجزاء دينار بالضرورة وليس المعنى أن كل جزء معين مقابل لكل جزء على العموم وإلا كانت الذرة من الدينار مقابلة بجميع الدينارين والدرهم فلم يبق للذرة الأخرى ما يقابلها أو يقابل الكل نفسه أشياء كثيرة وهو اعتبار ممكن لكنه مستنكر وهو أن يقابل الذرة بألف ذرة ثم تكون هذه الألف بعينها مقابلة لذرة أخرى

وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه تصحيحا لتصرفه وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف ما عد من المسائل اما مسئلة المرابحة لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشترى وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة انعقد العقد صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء

واخرى لا بل ينتفي الانقسام بادنى تامل والدليل على ان الانقسام كما ذكرنا انه لو اشترى عبدا او جارية بثوب وفرس ثم استحق العبد يرجع بقيمة العبد في الثوب والفرس جميعا ولولا ان انقسام على الشيوع لما رجع في الثوب والفرس جميعا ولتغيير تصرفهما لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف بدليل الاجماع على ان من اشترى قلبا وزنه عشرة بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة صفقة واحدة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وحده ليخلو القلب عن التفاضل وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز ويفسد في المشترى بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد في الدرهمين ولا يصرف الى الثوب لما ذكرنا فهذه احكام اجماعية كلها دالة على ان تغيير التصرف لا يجوز وان يتوصل به الى التصحيح قال امام الحرمين والمعتمد عندي في التعليل انا تعبدنا بالمماثلة تحقيقا وهنا لم تتحقق فيفسد العقد قال صاحب الذخيرة وللخصم ان يقول تعبدنا بتحقيق المماثلة فيما اذا تمحضت مقابلة الجنس بالجنس ام على الاطلاق فان قلت الثاني فممنوع وان قلت الاول فمسلم وليس صورة الخلافية انتهى بمعنى تغير وحاصله انه على تقدير مقابلة الجملة بالجملة والجزء الشائع بالشائع لا يقتضى الربا والفساد وانما يقتضيه لو كان التفاضل لازما حقيقيا وذلك لا يكون الا اذا قوبل معين بمعين وتفاضلا ولا حاجة في التصحيح الى التوزيع وصرف كل الى خلاف جنسه عينا لكن الاصحاب اقتحموه بناء على اصل اجماعي وهو انه مهما امكن تصحيح تصرف المسلم العاقل يرتكب وله نظائر كثيرة ولهذا يحمل كلامه على المجاز ويترك حقيقته اذا كان لا يصح على الحقيقة ويدرج في كلامه زيادة لم يتلفظ بها اذا كان لا يصح الا بذلك كانهم نظروا الى ان المقابلة على وجه الشيوع ان لم تقتض حقيقة الربا استلزم شبهة وشبهة الربا معتبرة كحقيقته فقالوا العقد كذلك وانما يقتضى مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل ولا الفرد بالفرد من جنسه او من خلاف جنسه لان اللفظ مطلق غير متعرض لواحد منهما لكن مع عدم الاقتضاء يحتمل مقابلة الفرد بالفرد وهو الجنس المعين بهذا الجنس معين بدليل انه يصح تفسيره به فانه لو قال بعت هذين الدرهمين والدينار بدينارين ودرهم على معنى ان الدرهمين بالدينارين والدينار بالدرهم صح وهو طريق متعين للتصحيح فوجب حمله عليه وعلى هذا التقدير لا حاجة الى قول المص وفيه تغيير وصف العقد كانه نظر الى الظاهر منه هو مقابلة الجملة بالجملة على الشيوع عينا فكان مقابلة المعين بالمعين ليس محتملا فقال وفيه تغيير وصف العقد وهو مقابلة الجملة بالجملة شائعا لا اصله لانه يبقى موجبه وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار كما اتفقنا عليه فيما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف المسائل المذكورة فان عدم الصرف فيها لعدم الامكان والتعيين اما مسئلة المرابحة فعدم الصرف لانه تغيير اصل العقد او يصير تولية في القلب واعترض بان مقتضى ما تقدم من وجوب حمل المثنى على الواحد في مسئلة الطوق والجارية ان يحمل قوله بعتهما بعشرين مرابحة فيهما بعشرة ان يحمل فيهما على احدهما يعني الثوب كما حمل قوله خذ هذه الالف من ثمنهما على ثمن احدهما وهو الطوق وكون الطوق لم يصر مرابحة لم يضر ان يصدق ان العقد مرابحة بثبوت الربح في بعض مبيعات الصفقة الواحدة وفي المسئلة الثانية وهي ما اذا باع عبدا اشتراه بالف ممن اشتراه منه مع عبد آخر بالف وخمسمائة طريق تصحيحه غير متعين ان يكون بصرف الخمسمائة الى العبد الآخر فيكون بائعا ما اشتراه ممن اشتراه بمثل ما اشتراه لانه كما يكون بذلك يكون بصرف اكثر من الخمسمائة درهم او درهمين او غير ذلك الى العبد الآخر فيصير بائعا للمشتري ممن اشتراه منه باقل مما اشتراه منه ونقض بان الطريق الصحيح الفاسد ليس متعينا فيما قلتم بل له وجه آخر وهو ان يعتبر مقابلة درهم من الدرهمين بمقابلة الدرهم ودينار من الدينارين بمقابلة الدرهم

قال ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر انهما ارادا به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر التساوي فيهما ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب احدهما اقل ومع اقلهما شيء آخر يبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهية وان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا اذ الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربوا

اجيب بان التغيير ما امكن تقليله يتعين وتصحيح التصرف مع قلة التغيير لا يكون الا بما قلنا فكان ما قلنا متعينا بخلاف ما عرض فان فيه ثلاث تغييرات وايضا فان الذي اعتبرناه طريقا متعينا هو صرف الجنس الى خلاف الجنس كيف كان لا بخصوص ذلك الطريق وما ذكرتم من ذلك ومن ان يصرف نصف درهم اي نصف درهم والنصف الآخر بمقابلة الدينار في فروض كثيرة لا يخرج عن صرف الجنس الى خلاف الجنس والى هذا يرجع ثم ذكر صاحب الكافي في الجواب التعدد انما يمنع الجواز اذا لم يمكن لاحد الوجوه ترجيح بل تساوت لانه يلزم الترجيح بلا مرجح فتتمانع الوجوه فتمتنع اما اذا كان فلا وفيما اعتبرناه ذلك لان العقد ورد على اسم الدرهم والدرهمين فلا يعير عنه ونحن اسلفنا الثاني اصل هذا الاصل نظرا استند الى جواز ثبوت الشيء بعلل مستقلة اجتمعت دفعة واما في المسئلة الثالثة وهي ما اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما فلان البيع اضيف الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع بجهالته ولان المعين ضده فلا يحمل اسم الشيء على ضده فليس بشيء لان المعرفة ما صدقات المنكر فان زيد الصدق عليه رجل ولا شك انه يحتمله فيجب حمله عليه وقد قال ابو حنيفة في قوله عبدي او حماري حر انه يعتق العبد ويجعل استعارة المنكر للمعرفة وكذا ما قيل ان تصحيح العقد يجب في محل العقد وهو لم يضف الى المعين واعلم ان ما اورد على دفع النقوض المذكورة ان يخص له جواب فذاك والا فلا يضر لان النقض في اثبات المطلوب اذ غايته انه خطأ في محل آخر اذا اعترف بخطأ منه في محل النقض وذلك لا يوجب خطأه في محل النزاع واما في المسئلة الاخيرة وهي ما اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا بلا قبض فليس مما نحن فيه فان العقد انعقد صحيحا وانما طرأ الفساد بالافتراق والصرف لدفع الفساد وهو قد انعقد بلا فساد وكلامنا ليس في الفساد الطاري فان قيل فليصرف الجنس الى خلاف جنسه ليبقى صحيحا كما يصرف لينعقد صحيحا والمقتضي واحد فيهما وهو الاحتيال للصحة قلنا الفساد هناك ليس طريقه متحققا ولا مظنونا ليجب اعتبار الصرف من اول الامر بل يتوهم لان الظاهر انهما يتقابضان بعد ما عقدا عقدا قبل الافتراق فلا يحتاج الى ذلك الاعتبار واما المسئلة المستشهد بها اولا وهي الرجوع في ثمن الثوب والفرس فانما تشهد على ان المقابلة للجملة بالجملة على الشيوع ونحن نقول هو الاصل وانما قلنا اذا كان تصحيح العقد يحصل باعتبار التوزيع وجب المصير اليه وهو ثابت في المسئلة المفروضة الا ترى الى ما في الايضاح قال الاصل في هذا الباب ان حقيقة البيع اذا اشتملت على ابدال وجب قسمة احد البدلين على الآخر وتظهر الفائدة في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما تجب فيه الشفعة فان كان العقد مما لا ربوا فيه فان كان مما لا يتفاوت فالقسمة على الاجزاء وان كان مما يتفاوت فالقسمة على القيمة واما فيما فيه الربوا فانما تجب القسمة على الوجه الذي يصح العقد مثاله باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار يصح العقد فان الخمسة بالخمسة والخمسة الاخرى بازاء الدينار وكذا لو تقابل جنسين بجنسين كما في مسئلة الكتاب انتهى ونظير المسئلة المذكورة التي تلي هذه وهي

قوله ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل وهو بذلك فيبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي بينهما ثم فرع المصنف على هذا ان بعض هذه البياعات وان كانت جائزة في الحكم فهي مكروهة فقال ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب واحدهما اقل من الآخر الا ان مع الاقل شيء آخر كفلوس او غيرها مما يبلغ قيمته قدر الزيادة في البدل الآخر او اقل بقدر ما يتغابن فيه فالبيع جائز من غير كراهة وان لم يكن فهو جائز مع الكراهة كان يضع معه كفا من زبيب او فلسين وقيل لمحمد كيف تجده في قلبك قال مثل الجبل ولم ترو الكراهة عن ابي حنيفة رح بل صرح في الايضاح انه لا باس به عند ابي حنيفة رح قال وانما كره محمد ذلك لانه اذا جاز على هذا الوجه الف الناس التفاضل واستعملوه فيما لا يجوز وهكذا ذكر في المحيط ايضا وقيل انما كره لانهما باشرا الحيلة لسقوط الربوا كبيع العينة فانه مكروه لهذا او اورد لو كان مكروها كان البيع في مسئلة الدرهمين

ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس كذلك فلا تقع المقاصة بنفس البيع لعدم المجانسة فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسمائة وزفر يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا فكذلك في اظهر الروايتين لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهم غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة قال واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا في الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الرديء منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والرديء سواء وان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب فان اشتريت بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف فان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس فهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين فاذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر

والدينار بدرهم ودينارين وهي المسئلة الخلافية مكروها ولم يذكره واجيب بانه انما لم يذكر الكراهة هناك لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الدرهم والدينار بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم وتزيد فلا كراهة ولا يخفى ان العقد واحد وكما ان قيمة الدينار تبلغ وتزيد على قيمة الدرهم فالدرهم لا يبلغ قيمة الدينار ولا ينقص بقدر ما يتغابن فيه فالعقد مكروه بالنظر الى الطرف الآخر والذي تقتضيه النظر ان يكون مكروها اذ لا فرق بينه وبين المسئلة المذكورة في جهة الكراهة وغاية الامر انه لم ينص هناك على الكراهة فيه ثم ذكر اصلا كليا يفيده وينبغي ان يكون قول ابي حنيفة ايضا على الكراهة كما هو ظاهر اطلاق المص من غير ذكر خلاف واما اذا ضم ما لا قيمة له ككف من تراب لا يصح لانه لم يقابل الزيادة مال فرع اشترى تراب الفضة بفضة لا يجوز لانه ان لم يظهر في التراب شيء فظاهر وان ظهر فهو بيع الفضة بالفضة مجازفة ولهذا لو اشتراه بتراب فضة لا يجوز لان البدلين هما الفضة لا التراب ولو اشتراه بتراب ذهب او بذهب جاز لعدم لزوم العلم بالمماثلة لاختلاف الجنس ولو ظهر ان لا شيء في التراب لا يجوز وكلما جاز فمشتري التراب بالخيار اذا رأى لانه اشترى ما لم يره قوله ومن له على آخر عشرة فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة وقبض الدينار فان كان اضاف الى العشرة الدين جاز اتفاقا ويجب بهذا العقد عشرة ثم لا يجب تعيينه بالقبض لان التعيين احد البدلين للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الآخر لدفع الربا بالتساوي وقد اندفع الدين بالدين في هذه الصورة بتعيين احد العوضين وهو الدينار والقبض الذي يتحقق به التعيين في البدل الآخر قد تحقق سابقا فعند الاضافة الى ذلك المقبوض يحصل به المقصود من المماثلة بين البدلين وهو كون كل منهما مقبوضا قبضا يحصل به التعيين بخلاف ما اذا لم يضف اليه لان موجب العقد عشرة مطلقة لا يلزم ان تكون هذه العشرة الدين ولذا قال زفر فيما اذا باعه المديون بالعشرة دينارا بالعشرة وهي مسئلة الكتاب ثم تقاصا لا يجوز لان موجب ذلك العقد عشرة مطلقة فلا تتعين تلك العشرة المعينة و نحن نقول موجب العقد عشرة مطلقة تصير معينة بالقبض وبالاضافة اذا انفسخ الى العشرة الدين صارت كذلك غير ان القبض سابق كما ذكرنا و لا يبالي به لحصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة وعلى هذا التحرير لا حاجة الى اعتبار فسخ العقد الاول بالاضافة الى العشرة الدين بعد انعقاده على الاطلاق بخلاف ما لو باع بالف ثم بالف وخمسمائة فان الفسخ لازم لان احدهما لم يصدق على الآخر بخلاف العشرة مطلقا مع هذه العشرة المعينة لان الاطلاق ليس قيدا في العقد بها والا لم يمكن قضاؤها اصلا اذ لا وجود للمطلق بقيد الاطلاق وعلى ذلك مشى وقرروه انهما لما غيرا موجب العقد فقد فسخاه الى عقد آخر اقتضاء ولما لم يقل زفر بالاقتضاء ولذا لم يقل في اعتق عبدك عني بالف انه يقع عن الآمر اذ اعتقه المالك لم يفسخ فلا يتحول حكمه وهذا اذا كان الدين سابقا على بيع الدينار فان كان لاحقا قبل الافتراق وصورته بحالها بان عقد على الدينار بعشرة ثم باع صاحب الدينار ثوبا من بائع الدينار بعشرة ثم قاصه بثمن الدينار فظاهر الرواية لا يصح والاصح انه يصح لما ذكرنا من حصول المقصود وعلى ما ذكر المص من حصول الانفساخ والاضافة الى الدين بعد تحققه وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير اذا استقرض بائع الدينار عشرة من المشتري او غصب منه فقد صار قصاصا ولا احتياج الى التراضي لانه قد وجد القبض قوله ويجوز بيع درهمين صحيحين ودرهم غلة بدرهمين غلة ودرهم صحيح والغلة ما يرده بيت المال لا لزيافة بل لانها دراهم مقطعة تكسر ويكون في القطعة ربع وثمن واقل وبيت المال لا يأخذ الا العالي وانما جاز للمساواة في الوزن والجودة فالصحة ساقطة الاعتبار لان الجودة في الاموال الربوية عند المقابلة بالجنس ساقطة قوله واذا كان الغالب على الدراهم والدنانير اما ان يكون الغالب عليهما الذهب والفضة والغش اقل او الغالب الغش والذهب والفضة اقل او متساويين فان كان الغالب

قال رضي الله عنه ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لأنها أعز الأموال في ديارنا فلو أبيح التفاضل فيه ينفتح باب الربا ثم إن كانت
تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وإن كانت تروج بالعد فبالعد وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لأن المعتبر هو المعتاد
فيهما إذا لم يكن فيهما نص ثم هي ما دامت تروج تكون أثمانا لا تتعين بالتعيين وإذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين وإذا كانت يتقبلها البعض دون البعض
فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا إن كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضاء منه وبجنسها من الجياد إن كان لا يعلم لعدم
الرضاء منه وإذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله عليه قيمتها يوم البيع
وقال محمد رحمه الله قيمتها آخر ما تعامل الناس بها لهما أن العقد قد صح إلا أنه تعذر التسليم بالكساد وأنه لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب
فانقطع وإذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند أبي يوسف رحمه الله وقت البيع لأنه مضمون به وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع لأنه أوان الانتقال
إلى القيمة ولأبي حنيفة رحمه الله أن الثمن يهلك بالكساد لأن الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا بلا
ثمن فيبطل وإذا بطل البيع يجب رد المبيع إن كان قائما وقيمته إن كان هالكا كما في البيع الفاسد

في الدنانير والفضة في الدراهم فهما كالذهب الخالص والفضة الخالصة اعتبارا للغالب لأنهما على ما قيل قلما ينطبعان إلا بقليل غش وقد يكون الغش خلقيا كما في الرديء منه الذي يقال له ناقص العيار في عرفنا والرداءة مهدرة شرعا عند المقابلة بالجيد فكذا الغش المغلوب إلحاقا به بها وإذا كانا كالخالصين فلا يجوز بيعها بالخالص من الذهب والفضة إلا متساويين في الوزن وكذا بيع بعضها ببعض وكذا لا يجوز استقراضها بها إلا وزنا كاستقراض الذهب والفضة الخالصين وإن كان الغالب فيهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير الخالصة اعتبارا للغالب فإن اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف وهي أنه إن كانت الفضة الخالصة مثل الفضة التي في الدراهم أو أقل أو لا يدرى لا يصح البيع في الفضة فلا في النحاس أيضا إذا كان لا يتخلص الفضة إلا بضرر وإن كانت الخالصة أكثر مما في الدراهم جاز ليكون ما في الدراهم من الفضة بمثلها من الخالصة والزائد من الخالصة بمقابلة الغش وكذا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا صرفا للجنس إلى خلاف الجنس أي يصرف فضة كل من الدراهم إلى غش الدراهم الأخرى لأنها في حكم شيئين فضة وغش صفر أو غيره ولكنه مع هذا صرف حتى يشترط القبض قبل الافتراق [illegible] لوجود الفضة من الجانبين وإذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر ولا يخفى أن هذه الأثنائية في كل درهم غالب الغش بل إذا كان الفضة المغلوبة بحيث تتخلص من النحاس إذا أريد ذلك فأما إن كانت بحيث لا تتخلص لقلتها بل تحترق لا عبرة بها أصلا بل تكون كالمموهة لا تعتبر ولا يراعى شيء أيضا وقد قيل إنما كان كالمموه وقد كان في أوائل قرن تسعمائة في فضة دمشق قريب من ذلك قال المصنف رحمه الله ومع هذا مشايخنا يعني مشايخ ما وراء النهر من بخارا وسمرقند لم يفتوا بجواز ذلك أي بيعها بجنسها متفاضلا في العدالي والغطارفة مع أن الغش فيها أكثر من الفضة لأنها أعز الأموال في ديارنا فلو أبيح التفاضل فيها ينفتح باب الربا الصريح فإن الناس حينئذ يعتادون التفاضل في الأموال النفيسة فيتدرجون إلى ذلك في النقود الخالصة فمنع حسما لمادة الفساد والغطارفة دراهم منسوبة إلى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد وقيل هو خال الرشيد ثم إن كانت هذه الدراهم التي غلب غشها تروج بالوزن فالتبايع بها والاستقراض بالوزن وإن كانت تروج بالعد فالتبايع والاستقراض بها بالعد ليس غير وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لأن المعتبر فيها المعتاد فيها إذا لم يكن نص في تعيين ما عرف في الربا وما دامت تروج فهي أثمان لا تتعين بالتعيين ولو هلكت قبل القبض لا يبطل العقد وإن كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم هذا إذا كانا يعلمان بحالها ويعلم كل من المتعاقدين أن الآخر يعلم فإن كانا لا يعلمان أو لا يعلم أحدهما أو يعلمان ولا يعلم كل أن الآخر يعلم فإن البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد لا بالمشار إليه من هذه الدراهم التي لا تروج وإن كانت يقبلها البعض ويردها البعض فهي في حكم الزيوف والنبهرجة فيتعلق البيع بجنسها لا بها في الرائجة لكن بشرط أن يعلم البائع خاصة ذلك من أمرها لأنه رضي بذلك وأدرج نفسه في البعض الذي يقبلونها وإن كان البائع لا يعلم تعلق العقد على الأروج وإن استوت في الرواج جرى التفصيل الذي أسلفناه في أول كتاب البيع وتعيين الصرف إلى الجياد والتساهل ومن أحكام هذه الدراهم التي غلب غشها أنها لو اشترى سلعة بها فكسدت أي قبل قبضها بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله فإن كان المبيع قائما مقبوضا رده وإن كان مستهلكا أو هالكا رجع البائع عليه بقيمته إن كان قيميا ومثله إن كان مثليا وإن لم يكن مقبوضا فلا حكم لهذا البيع أصلا وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي وأحمد لا يبطل ثم اختلفوا فقال أبو يوسف عليه قيمتها يوم البيع قال في الذخيرة وعليه الفتوى لأنه مضمون به بالبيع ونظيره قوله في المغصوب إذا هلك أن عليه قيمته يوم الغصب لأنه يوم تحقق السبب وقال محمد عليه آخر

قال ويجوز البيع بالفلوس لانه مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع بها وان لم تتعين لانها اثمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذي بي

ما تعامل الناس بها وهو يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال الى القيمة وفي المحيط والتتمة والحقائق به يفتى رفقا بالناس ولهما ان البيع قد صح بالاجماع الا انه تعذر التسليم اي تسليم الثمن لانعدام الثمنية بالكساد والضمير ضمير الشان وانه اي الكساد لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب شيئا فانقطع اي اوانه بان لا يوجد في الاسواق لا يبطل اتفاقا وتجب القيمة او ينتظر زمان الرطب بان يوجد في السنة الثانية وكذا هنا ولابي حنيفة رح ان الثمن يهلك بالكساد لان مالية الفلوس والدراهم الغالبة الغش بالاصطلاح لا بالخلقة واذا انتفى الاصطلاح بل انتفى فانتفى الثمنية فيبقى بيعا بلا ثمن بخلاف النقدين فان ماليتهما بالخلقة لا بالاصطلاح كمالية العبد لما كانت بالحيوة ذهبت بذهاب الحيوة لا بالنقال فلتعينه مبيعة اذا انتفت ثمنيتها لانا نقول تصير مبيعة في الذمة والمبيع في الذمة لا يجوز الا في السلم واعترض في بعض الحواشي بان انتفاء ثمنيتها يوجب انه يصير بيع مقايضة فلا يستلزم كونه دينا ولا يبطل بعدم القبض قبل الافتراق على ما قدمنا من ثبوت التعيين في البدلين بمجرد العقد فلا يلزم الافتراق عن دين بدين الا ان المجيب نظر الى ان صورة المسئلة انه باع بدراهم كذا وكذا غلب غشها وهذا لا يوجب وليس في صورة المسئلة احضر الدراهم واشار اليها بعينها بل باع بها على نمط ما يباع بالاثمان وهذا لان الغرض ان البيع وقع حال رواجها اثمانا وانما كسدت بعدها بعد القبض فسلم ثبتية هذا المعترض لصورة المسئلة فلم يثبت لزوم كونه بيعا بلا ثمن وبشرط في العيون ان يكون الكساد في سائر البلاد ولو كسدت في بعض البلاد دون البعض لا يبطل عند ابي حنيفة رح لانها لم تهلك ليصير البيع بلا ثمن ولكن تعيبت فيكون البائع بالخيار ان شاء اخذ مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء اخذ قيمته دنانير قالوا وما ذكر في العيون على قول محمد واما على قولهما فلا وينبغي ان ينتفي البيع بالكساد في تلك البلدة التي وقع فيها البيع بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بعض الناس وعند محمد لا يجوز واعتبار الاصطلاح الكل فالكساد يجب ان يكون على هذا القياس ايضا وما ذكرناه في الكساد مثله في الانقطاع والفلوس النافقة اذا كسدت كذلك هذا اذا كسدت او انقطعت فلو لم تكسد ولم تنقطع ولكن نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالاجماع ولا يتخير البائع وعكسه لو غلت قيمتها وازدادت فكذلك البيع على حاله ولا يتخير المشتري ويطالب بالنقد بذلك العيار الذي كان وقت البيع والجواب عن البيع بالرطب ان الرطب مرجو الوصول في العام الثاني غالبا فكان لمظنة تغلب ظن وجوده وعندهما بخلاف الكساد فانه ليس مظنة متحققة الوجود في زمن خاص يرجى فيها بل الظاهر عدم العود لان الاصل في غالية الغش الكساد وعدم الثمنية والشيء اذا رجع الى اصله قلما ينتقل عنه وفي الخلاصة عن المحيط دلال باع متاع الغير باذنه بدراهم معلومة فاستوفاها فكسدت قبل ان يدفعها الى صاحب المتاع لا يفسد البيع لان حق القبض له **قوله** ويجوز البيع بالفلوس لانها نوع من انواع المال فان كانت نافقة جاز البيع وان لم يعين بل لو عينت لا تتعين وللعاقد ان يدفع غيرها عينا لانها اثمان كالدراهم حتى لو هلكت قبل القبض لا ينفسخ العقد ويجوز ولو استبدل بها جاز ولو باع فلسا بفلسين باعيانهما يجوز على ما سلف في باب الربوا ولو باع فلسا بغير عينه بفلسين باعيانهما لا يجوز لان الفلوس الرائجة امثال متساوية قطعا لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة فيكون ربوا واذا كانت كاسدة فهي مبيعة لا يصح العقد عليها ما لم تتعين فاذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت قبل القبض بطل البيع عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذي بيناه في الدراهم الغالبة الغش يبطل البيع عنده لا عندهما ثم تجب قيمتها يوم البيع عند ابي يوسف وعند محمد يوم الانقطاع هكذا ذكر القدوري الخلاف والذي في الاصل وشرح الطحاوي والاسرار البطلان من غير ذكر خلاف سوى خلاف زفر استدل بما تقدم من انقطاع رطب المشترى به واباق العبد المبيع قبل التسليم وتخمر العصير المشترى قبل التسليم لا يبطل العقد فيها واجيب بما تقدم في الرطب واما العبد فماليته لم تبطل بالاباق

ولو استقرض فلوسا نافقة فكسدت عند ابي حنيفة رحمه الله يجب عليه مثلها لانه اعارة وموجبه رد العين معنى والثمنية فضل فيه اذ القرض لا يختص به وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف رحمه الله يوم القبض وعند محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد رحمه الله انظر للجانبين وقول ابي يوسف رحمه الله ايسر

قال ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس او بقيراط فلوس جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا بالدانق ونصف الدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس فكذلك عند ابي يوسف رحمه الله لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد رحمه الله انه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف رحمه الله اصح لا سيما في ديارنا

بل هو مال باق حيث هو وانما عرض العجز عن التسليم وكذا بالخمر لم يزل عن ملك المالك بل عجز عن تسليمه شرعا بخلاف الكساد لهلاك الثمن به الا ان الذي يقتضيه النظر ثبوت الخلاف كما ذكر القدوري اذ لا فرق بين كساد المغشوشة وكساد الفلوس اذ كل منهما سلعة بحسب الاصل ثمن بالاصطلاح فان غالبه الغش فالحكم فيها للغالب وهو النحاس مثلا فلو لم ينص على الخلاف بالفلوس وجب الحكم به في شرح الطحاوي ولو اشترى مائة فلس بدرهم وقبض الفلوس او الدراهم ثم افترقا جاز البيع لانهما افترقا عن عين بدين وقد قدمناه فان كسدت الفلوس بعد ذلك فانه ينظر ان كان الفلس هو المقبوض لا يبطل البيع لان كساده كهلاكه وهلاك المعقود عليه بعد القبض لا يبطل البيع وان كان الفلس غير مقبوض بطل البيع استحسانا لان كساد الفلوس كهلاكها وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل العقد والقياس ان لا يبطل لانه قادر على اداء ما وقع العقد عليه وقال بعض مشايخنا انما يبطل العقد اذا اختار المشتري ابطاله فسخا لان كساده كعيب فيها والمعقود عليه اذا حدث عيب قبل القبض يثبت للمشتري فيه الخيار والاول اظهر ولو نقد الدراهم وقبض نصف الفلوس ثم كسدت الفلوس قبل ان يقبض النصف الآخر بطل البيع في نصفها وله ان يسترد نصف ثمن الدراهم وعلى هذا لو اشترى فاكهة او شيئا بعينه بفلوس ثم كسدت وقد قبض المبيع عليه ان يرد المبيع ان كان قائما او القيمة او مثله ان كان هالكا وهذا الحكم على ما ذكرنا الا ان ابا يوسف قال في هذا ان عليه قيمة الفلوس ولا يفسد البيع ولا فرق بين هذا وبين المسئلة الاولى وهو انه اذا باع الفلوس بدراهم لان هنالك لو اوجبنا قيمة الفلوس تمكن فيه الربوا وهنا لا يتمكن وفي المسئلتين جميعا اذا لم تكسد الفلوس غير ان قيمتها غلت او رخصت لا يبطل البيع وعليه ان يدفع العدد الذي عينه منها قوله ولو استقرض فلوسا فكسدت عند ابي حنيفة يرد مثلها عددا اتفقت الروايات عنه واما اذا استقرض دراهم غالبة الغش فقال ابو يوسف في قياس قول ابي حنيفة عليه مثلها ولست اروي ذلك عنه ولكن الرواية في الفلوس اذا اقرضها ثم كسدت وقال ابو يوسف عليه قيمتها من الذهب يوم القرض في الفلوس والدراهم وقال محمد عليه قيمتها في آخر وقت نفاقها وجه قوله انه اي القرض اعارة وموجبه اي موجب عقد الاعارة رد العين اذ لو كان العقد اعارة حقيقة موجبا رد المثل استلزم الرجوع بالنسبة فكان موجبا رد العين الا ان ما تضمنه هذا العقد لما كان تمليك المنفعة بالاستهلاك لا مع بقاء العين لزم تضمنه لتمليك العين فاكتفى برد العين معنى وذلك برد المثل ولذا اجبر المغصوب منه على قبول المثل اذا اتى به الغاصب في غصب المثلي بلا انقطاع مع ان موجب الغصب رد العين وذلك حاصل بالكاسد والثمنية فضل في القرض غير لازم فيه وكذا يجوز استقراضهما بعد الكساد ولذا يجوز استقراض كل مثلي وعددي متقارب ولا ثمنية ولهما انه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبضها فيجب رد قيمتها وهذا لان القرض وان لم يقتض وصف الثمنية لا يقتضي سقوط اعتباره اذا كان المقبوض قرضا موصوفا بها لان الاوصاف معتبرة في الديون لانها تعرف بها بخلاف الاعيان المشار اليها وصفها لغو لانها تعرف بذواتها وتاخير دليلهما بحسب عادة المصنف ظاهر في اختياره قولهما ثم اصل الاختلاف في وقت الضمان اختلافهما فيمن غصب مثليا فانقطع وجبت القيمة فعند ابي يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم القضاء وقوله هنا انظر للمقرض من قول ابي حنيفة رح لان في رد المثل اضرارا به ثم قول ابي يوسف انظر له ايضا من قول محمد لان قيمته يوم القبض اكثر من قيمته يوم الانقطاع فكان قول محمد انظر للمستقرض وقول ابي يوسف ايسر لان قيمته يوم القبض معلومة ظاهرة لا يختلف فيها بخلاف ضبط وقت الانقطاع فانه يعسر فكان قول ابي يوسف ايسر في ذلك قوله ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس فاكهة او غيرها بان قال مثلا للبائع بعني هذه السلعة او اشتريتها منك بنصف درهم فلوس

قال: ومن أعطى صيرفيا درهما وقال أعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا إلا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لأن بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف إلا حبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول أبي حنيفة رح بطل في الكل لأن الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الإعطاء كان جوابه كجوابهما هو الصحيح لأنهما بيعان ولو قال أعطني نصف درهم فلوسا ونصفا إلا حبة جاز لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم إلا حبة فيكون نصف درهم إلا حبة بمثله وما وراءه بإزاء الفلوس قال رضي الله عنه وفي أكثر نسخ المختصر ذكر المسألة الثانية

فقال بعتك انعقد موجبا لدفع ما يباع من الفلوس بنصف درهم فضة وكذا إذا قال بدانق من الفلوس أو بسدس درهم أو بقيراط وهو نصف السدس وقال زفر رح لا يجوز في جميع ذلك لأنه اشترى بالفلوس وهي تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها وإلا فالثمن مجهول لأن العقد وقع على الدانق والدرهم ثم شرط إيفاءه من الفلوس وهو صفقة في صفقة فإن المعنى أنه شرط أن يعطي بنصف الدرهم الذي هو الثمن فلوسا وهو أن يبيعه بالدانق فلوسا ونحن نقول إن ما يباع بالدانق وما ذكر من الفلوس معلوم وهو المراد بقوله بنصف درهم فلوس لأنه لما ذكر نصف الدرهم ثم وصفه بأنه فلوس وهو لا يمكن عرف أن المراد ما يباع به من الفلوس وهو معلوم عند الناس فأغنى عن ذكر العدد بخصوصه وإذا صار كناية عما يباع بنصف وربع درهم لم يلزم جهالة الثمن ولا صفقة في صفقة لأن الثمن ح من الابتداء ما يباع من الفلوس بنصف درهم ولو قال بدرهم فلوس أو بدرهمين فكذا عند أبي حنيفة رح وعند محمد لا يجوز إلا فيما دون الدرهم لأن المبايعة في العادة في الفلوس فيما دون الدرهم فيصير معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول أبي يوسف أصح لا سيما في ديارنا أي المدن التي وراء النهر فإنهم يشترون الفلوس بالدراهم ولأن المدار هو العلم بما يباع بالدرهم من الفلوس مع وجوب الحمل عليه تصحيحا للعقد بأنه المراد ولا فرق في ذلك بين ما دون الدرهم والدراهم فضلا عن الدرهم ولم يذكر في المبسوط خلاف محمد والمصنف ذكره في خلافه خلاف ظاهر الرواية عنه وفي بعض النسخ صيرفا بغير ياء وهو استعمال لم يثبت في كلام من يحتج بكلامه في اللغة وفي بعضها على الصواب قوله ومن أعطى صيرفيا درهما فقال أعطني بنصفه أو بربعه أو قيراط منه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة وعلى رواية الأصل وبثلاثة أرباعه ثلاثة أرباع درهم إلا حبة وقس الباقي جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي من النصف الآخر والثلاثة الأرباع وباقي الصور لأن بيع نصف الدرهم بالفلوس جائز وبيع نصف درهم بنصف درهم إلا حبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول أبي حنيفة رح بطل في الكل لأن الصفقة متحدة والفساد قوي مقارن للعقد فيشيع وقد مر نظيره يعني في باب البيع الفاسد في مسئلة الجمع بين العبد والحر إذا لم يفصل الثمن فيشيع الفساد اتفاقا وإذا فصل لا يشيع عندهما وعنده يشيع ولو كرر لفظ الإعطاء بأن قال أعطني بنصفه فلوسا وأعطني بنصفه نصفا إلا حبة كان جوابه كجوابهما في أن الفساد يختص بالنصف الآخر لأنهما بيعان لتعدد الصفقة وهذا هو المختار خلافا لما حكي عن الشيخ أبي جعفر وشيخ الإسلام وغيرهما أنه لا يجوز وإن كرر لفظ الإعطاء لأن تعدد الصفقة عنده بتعدد البيع وهو الإيجاب ولفظ أعطني مساومة وإذا كان قوله يعني بكذا ليس إيجابا حتى لو قال بعت لا ينعقد ما لم يقل الأول قبلت فأعطني وليس من مادة البيع أولى ح لم يتعدد البيع فيشيع الفساد على قوله كالصورة الأولى وجه المختار أن ذلك صار معلوم المراد أنه إيجاب على فلو تعورف في معنى مثله يصح أيضا إلا أنهم لم يذكروه وإن الكلام فيما إذا دفع إليه المخاطب قبل الافتراق فإنه يجعل بيعا في الشقين بالمعاطاة فيهما والله أعلم ولو قال حين دفع إليه الدرهم الكبير أعطني نصف درهم فلوس ونصفا إلا حبة جاز فيهما لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم إلا حبة فيتحرى للجواز بأن يكون نصف درهم إلا حبة بمثله وما وراءه بإزاء الفلوس نعم قد يقال لما كان قوله نصف درهم فلوس معناه ما يباع كان الحاصل أعطني بهذا الدرهم ما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم إلا حبة وما يباع بنصف درهم معلوم أنه يخص نصف الدرهم فصار كالأول كأنه قال أعطني بنصفه نصف درهم فلوس وجوابه أن موجب التحري للتصحيح أن المعنى على ذلك التقدير أعطني بهذا الدرهم نصف درهم إلا حبة وما يباع بنصف درهم فلوس وهذا يفيد أنه إنما اشترى ما يباع من الفلوس بنصف درهم وحبة وما يباع من الفلوس بنصف إلا حبة بمثله قال المصنف رح وفي أكثر نسخ المختصر يعني القدوري ذكر المسألة الثانية ولم يذكر الأولى ولذا قال شارحه وهو غلط من الناسخ فروع تقدم بعضها

كتاب الكفالة

قال الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا

في ضمن التعليل فيجب ان يعمل عنهما مصارفا بجنسين متساويا فزاد احدهما او حط شيئا وقبل الآخر التحق باصل العقد وبطل العقد وقال ابو يوسف لا يلتحق فيهما لا يبطل وقال محمد يصح الحط ويجعل هبة مبتدأة ولو تصارفا بغير الجنس فزاد او حط جاز لعدم اشتراط المماثلة غير ان الزيادة يجب قبضها في مجلس الزيادة لانه من الصرف وعند من لا يلحق الزيادة باصل العقد كالشافعي رح واحمد لا يشترط لانها هبة ابتدائية ولو افترقا لا عن قبضها بطل حصتها من الثمن البدل الآخر كانه باع الكل ثم فسد في البعض بعدم القبض والحط جائز سواء كان قبل التفرق او بعده ويرد الذي حطه وان كان الحط قيراطا ذهب فهو شريك في الدينار بمثاله لان في تبعيضه ضررا وكل مال ربوي لم يجز بيعه مرابحة ولا مواضعة اذا اشتراه بجنسه ويجوز بخلاف جنسه ولو اشترى مصوغا من فضة بفضة او من ذهب بذهب وتقابضا فوجده المشتري معيبا له ان يرده بالعيب فان رده وقبضه فلا بأس به وان لم يقبض الثمن من البائع في مجلس الرد لانه فسخ وبغير قضاء يشترط القبض في مجلس الرد فان قبض صح الرد والا بطل وعاد البيع الاول لانه بيع في حق الشرع فان تعذر الرد بان هلك في يده او حدث به عيب آخر يرجع بارش العيب بخلاف الثمن ذهبا ليتعذر الفسخ وان كان فضة لا يرجع لانه يؤدي الى الربوا فان قبله البائع بعيبه له ذلك والخيار للمشتري بعد وانه لو اشترى دينارا بدرهم ولا دينار لهذا ولا درهم للآخر ثم اقترضا وتقابضا قبل التفرق جاز وفي المكيل لا يجوز عن ابي حنيفة رح اشترى فلوسا بدراهم ولا فلوس ولا دراهم لهما ثم نقد احدهما وتفرقا جاز ولو كان مكان الفلوس دينار لم يجز تقدم معناه في تقسيم الشجاري اشترى سيفا حليته مائة درهم بمائتي درهم فضة ثم علم ان حليته مائتا درهم قبل التفرق فان شاء زاد في الثمن مائة اخرى وان شاء فسخ والمائة ليست بشرط بل يزيد شيئا يتخفف المائتان للحلية ولو علم بعد التقابض والتفرق بطل العقد في الكل لو كان ذلك في ابريق فضة بطل العقد في نصفها لا يتميز والله اعلم

كتاب الكفالة

اورد الكفالة عقيب البيوع لانها غالبا يكون تحققها في الوجود عقيب البيع فانه قد لا يطمئن البائع الى المشتري فيحتاج الى من يكفل بالثمن او لا يطمئن المشتري الى البائع فيحتاج الى من يكفله في المبيع وذلك في السلم فلما كان تحققها في الوجود غالبا بعدها اوردها في التعليم بعدها ولها مناسبة خاصة بالصرف وهي انها تصير بالآخرة معاوضة عما ثبت في الذمة من الاثمان وذلك عند الرجوع الى المكفول عنه ثم لزم تقديم الصرف لانه من ابواب البيع السابق على الكفالة فلزمت الكفالة بعده ومحاسن الكفالة جليلة وهي تفريج كرب الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفيا مؤنة ما اهمهما وقر جأشهما وذلك نعمة كبيرة عليهما ولذا كانت الكفالة من الافعال العالية حتى امتن الله تعالى بها حيث قال وكفلها زكريا في قراءة التشديد تضمينا للامتنان على مريم اذ جعل لها من يقوم بمصالحها ويقوم بها بان اتاح لها ذلك وسمي نبيا ذي الكفل لما تكفل جماعة من الانبياء الملك اراد قتلهم وسببه وجود تضييق الطالب على المطلوب مع قصد الخارج دفعه عنه اما تقربا الى الله تعالى او ازالة الاذى عن نفسه اذ كان المطلوب ممن يهمه ما اهمه وسبب شرعيتها دفع هذه الحاجة والقدر الذي ذكرناه آنفا ودليل وقوع شرعيتها قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم وقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن والاجماع وشرطها في الكفيل كونه من اهل التبرع فلا تنفذ كفالة من صبي ولا عبد محجور ولا مكاتب ولا تصح من المريض الا من الثلث وفي الدين ان يكون صحيحا فلا تصح الكفالة ببدل الكتابة لانه ليس دينا صحيحا اذ لا يلزم دين للمولى على عبده ولزوم دين الكتابة بخلاف القياس ليصل العبد الى العتق وان يكون مقدور التسليم واما مفهومها لغة فقال المصنف الضم سواء كان تعلقه عينا او معنى قال في المغرب تركيبه دال على الضم والتضمن ومنه كفل البعير كساء يدار حول سنامه كالحجرة تركب عليه وكفل الشيطان مركبه واما في الشرع فما اشار اليه المصنف بقوله ثم قيل هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل في الدين قال والاول اصح فلا

ثم قيل هي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والأول أصح

في ذمة الكفيل خلافا للشافعي ومالك وأحمد في رواية فيثبت الدين في ذمة الكفيل ولا يسقط من الأصيل ولم يرجح في المبسوط أحد القولين على الآخر ثم قال من لزوم صيرورة الألف الواحد ألفين كما ذكره بعض الشارحين قال في المبسوط وليس من ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الأصيل ما يوجب زيادة حق الطالب لأن الدين وإن ثبت في ذمة الكفيل فالاستيفاء لا يكون إلا من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب فإن كلا ضامن للقيمة وليس حق المالك إلا في قيمة واحدة لأنه لا يستوفي إلا من أحدهما واختياره تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر فكذا هنا يريد باختياره التضمين القضاء به منه لا بمجرد حقيقة اختياره لأنه تحقق مرافعة أحدهما وبمجرد ذلك لا يبرأ الآخر ومما يدل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل أنه لو وهب الدين للكفيل صح ويرجع الكفيل على الأصيل مع أن هبة الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وكذا لو اشترى من الكفيل بالدين شيئا يصح مع أن الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يجوز والحاصل أن ثبوت الدين في الذمة اعتبار من الاعتبارات الشرعية فجاز أن يعتبر الشيء الواحد في ذمتين إنما يمتنع في عين ثبت في زمن واحد في ظرفين حقيقيين ولكن المختار ما ذكرناه أنه في مجرد المطالبة لا الدين لأن اعتباره في الذمتين وإن أمكن شرعا لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن إلا بموجب ولا موجب لأن التوثق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم ولا بد من ثبوت اعتبار الدين في الذمة كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو في ذمة الموكل وأما الجواب عن تسليم الهبة والدين فإنما جعلناه في حكم الدينين تصحيحا لتصرف صاحب الحق وذلك عند وقوعه بالفعل وقبله لا ضرورة فلا داعي إلى ذلك ولا يخفى أن ما نقل من قول أبي حنيفة أن الدين يقتضي أن الدين يكون في ذمة الكفيل أيضا كما هو في ذمة الأصيل أو يحمل الأداء إذا وجب عليه ثم الوجه أن يطلق المطالبة من غير تقييد بالدين فإن الكفالة كما تكون بالديون تكون بالأعيان المضمونة بنفسها وهو ما يجب تسليمه بعينه فإن هلك ضمن مثله إن كان له مثل وبقيمته إن لم يكن له مثل كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء تصح الكفالة بها يجب تسليمها وإذا هلكت يجب تسليم قيمتها أو ثبت بالبينة أو بالإقرار والأعيان المضمونة بغيرها وهي الأعيان الواجبة التسليم قائمة وعند هلاكها لا يجب تسليم مثلها ولا قيمتها هو المبيع قبل القبض يضمن بالثمن وكالرهن يضمن بالدين ولو هلك لا يجب على الكفيل قيمتها وأما الأعيان الواجبة التسليم وهو أمانة كالعارية والمستأجر في يد المستأجر تصح الكفالة بها حتى هلك لا يجب على الكفيل قيمته بخلاف الأعيان الغير الواجبة التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة لا تصح الكفالة بها أصلا وأما ركنها فالإيجاب والقبول بالألفاظ الآتية ولم يجعل أبو يوسف في قوله الأخير القبول ركنا فجعل الكفالة تتم بالكفيل وحده في الكفالة بالمال والنفس وهو قول مالك وأحمد وقول الشافعي واختلفوا في قول أبي يوسف فقيل إن الكفالة تصح من الواحد وحده موقوفا على إجازة الطالب وقيل يصح نافذا وللطالب حق الرد وفائدة الاختلاف إنما تظهر فيما إذا مات المكفول له قبل القبول فمن يقول بالتوقف يقول لا يؤاخذ به الكفيل وأما حكمها فثبوت حق المطالبة من الكفيل متى شاء سواء تعذر عليه مطالبة الأصيل أو لا وفي رواية عن مالك لا يطالبه إلا إذا تعذر وكذا وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود وأبو ثور ينتقل الحق إلى ذمة الكفيل فلا يملك مطالبة الأصيل أصلا كما في الحوالة وما ذكر في المنظومة من نسبة ذلك إلى مالك خلاف ما في مشاهير كتب أصحابنا احتجوا بما روى أبو سعيد الخدري أنه صلى الله عليه وسلم حضر جنازة فقال هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان فقال صلوا على صاحبكم فقال علي رضي الله عنه هما علي وأنا لهما ضامن فقام صلى الله عليه وسلم وصلى عليه ثم أقبل على علي فقال جزاك الله خيرا وفك رهانك كما فككت رهان أخيك فقيل يا رسول الله ألعلي خاصة أم للناس كافة فقال للناس كافة فدل على أن المضمون عنه برئ من الضمان ولنا قوله صلى الله عليه وسلم نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه وقوله في خبر أبي قتادة الآن بردت جلدته وصلاته صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه

قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي رح لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي في ذلك والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة فيه وهو الضم في المطالبة قال وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او بروحه او بجسده او برأسه وكذا ببدنه وبوجهه لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة او عرفا على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم يصح وكذا اذا قال ضمنته لانه تصريح بموجبه او قال هو علي لانه صيغة الالتزام او قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام قال عليه السلام ومن ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل به لان الزعامة هي الكفالة وقد روينا فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة

لانه بالضمان صار وفاء، وانما امتنع عن الصلوة على مديون لم يخلف وفاء، وقوله فك الله رهانك لانه كان بحال لا يصلى عليه فلما ضمن عنه فكه عن ذلك، ولا يخفى انه لم يقع الجواب بعد فان الدليل يتم بصلاته عقيب ضمان علي اذ يدل على ان الضمان تم بذلك. قوله قال اي القدوري الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال ويدخل في الكفالة بالمال الكفالة بالاعيان التي ذكرناها والكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول. ثم نقل عن الشافعي ان الكفالة بالنفس لا تجوز وهو قول له مخالف للقول الاظهر عندهم وهو انها جائزة كقولنا واستدل لقوله المصنف بانه التزم ما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به فكان كبيع الطير في الهواء، وهذا لانه حر لا ينقاد له ولا ولاية له عليه خصوصا اذا كفل بغير امره، وكذا بامره لان امره بكفالته لا يثبت له ولاية عليه وصار كالكفالة ببدن الشاهدين، واستدل للمذهب بما اخرجه من قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم باعتبار عمومه، وقوله بنوعيه اي نوعي عقد الكفالة، واعترض بانه مخصص بالزعيم في المال بدليل نفس الحديث حيث قال غارم والكفيل بالنفس لا غرم عليه للمال، واجيب بان الغرم لا يختص بالمال بل الغرم اذ الزم ما يضره، والغرم اللازم ذكره في الحمل والكفيل بالنفس يلزمه الاحضار، وقد يثبت بالقياس على كفالة المال وهو ما اشار اليه المص بقوله والحاجة ماسة وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وحاصله الحاقه بجامع عموم الحاجة اليها احياء للحقوق مع الايجاب والقبول والشرائط، وما ظن من انتفاء الشرط بانتفاء القدرة على تسليمه ممنوع لان الظاهر انه ينقاد اذا كان بامره وان كان بلا امره يمكنه احضاره بالاستعانة باعوان الحاكم، وابطل بعضهم قوله لا يقدر على نفس المكفول به بانه مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصح دليلا، ولا يخفى ان ليس المراد بالقدرة المنفية القدرة الشرعية ليكون مبنيا على عدم جواز الكفالة فيلزم الدور، وللتقليل ايضا ما روي انه صلى الله عليه وسلم كفل رجلا في تهمة، وكان بين علي وعمر رضي الله عنهما خصومة فكفلت ام كلثوم بنفس علي، واعترض بالمناقضة في الحدود والقصاص فان الكفالة بالنفس فيها لا تصح وان كان تسليم النفس واجبا كتسليمها للجواب، والجواب بمنع عدم صحتها مطلقا بل المنصوص في الاصل صحة الكفالة بنفس من عليه حد القذف والسرقة والقصاص في النفس وما دون النفس، ووجهه انها من حقوق العباد من وجه في بعضها ومن كل وجه في بعضها، واما حد الزنا والشرب فعدم صحة الكفالة للزوم التنافي فان الحد يحتال في درئه وصحة الكفالة للاستيثاق والاحتيال لاستيفائه فقام المانع فيهما، واما الجبر على اعطاء الكفيل فيهما ففي الحدود لا يجبر بالاجماع وفي القصاص كذلك عند ابي حنيفة خلافا لهما، واما عدم صحة الكفالة بنفس الشاهد ليؤدي فلان الكفالة لا تفيد لان الشاهد عند مطالبة الطالب بالاداء اما ان يجيب فيشهد او لا ففي الاول لا حاجة الى الكفالة وفي الثاني يلزم فسقه فلا تقبل شهادته ولو احضره الكفيل بخلاف ما نحن فيه. قوله وتنعقد اذا قال تكفلت الخ شرع في ذكر الالفاظ التي تثبت بها الكفالة وهي صريح وكناية فالصريح كفلت وضمنت وزعيم وقبيل وحميل وعلي والي وذلك عندي هذا الرجل على ان اوافيك به او على ان القاك به او دعه الي وحميل بالمهملة بمعنى كفيل به يقال حمل به حمالة بفتح العين في الماضي وكسرها في المضارع وروي في الفائق الحميل ضامن، واما القبيل فهو ايضا بمعنى الكفيل ويقال قبل به قبالة بفتحها في الماضي وضمها وكسرها في المضارع، وهذه الالفاظ توجب لزوم موجب الكفالة اذا اضيفت الى جملة البدن او ما يعبر به عن الجملة حقيقة في اللغة والعرف وبالالفاظ على وزان الطلاق على ما مر مثل كفلت او انا حميل او زعيم بنفسه او رقبته او روحه او جسده او رأسه او بدنه او وجهه لان هذه يعبر بها حقيقة كالنفس والجسد والبدن وعرفا ولغة مجازا كالرأس والرقبة وتحرير ذلك تقدم في الطلاق، ولم يذكر محمد رح ما اذا كفل بعينه قال البلخي رح لا يصح كما في الطلاق الا ان ينوي به البدن والذي يجب ان يصح في الكفالة

قال فان شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه
عن ايفاء حق مستحق عليه ولكن لا يحبسه اول مرة لعله ما درى لماذا يدعى ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه
لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق قال وكذا اذا ارتد والعياذ بالله ولحق بدار الحرب وهذا لانه عاجز في المدة
فينظر كالذي اعسر ولو سلمه قبل ذلك برئ لان الاجل حقه فيملك اسقاطه كما في الدين المؤجل

والطلاق او العين مما يعبر عن الكل يقال عين القوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفا في زمانهم اما في زماننا فلا شك في ذلك بخلاف ما لو قال
يده او رجله ويأتي في وجهه كما تقدم في الطلاق وكذا اذا اضاف الى جزء شائع منه كفلت بنصفه او ثلثه او جزء منه لان النفس الواحدة
في حق الكفالة لا تتجزى وذكر بعضها شائعا كذكر كلها ووجه ضمنت بانه تصريح بموجبه لان موجب الكفالة لزوم الضمان في المال في اكثر الصور
وعلى صيغة التزام وإلي في معناه قال صلى الله عليه وسلم من ترك كلا اي عيالا فالي لان العطف يقتضي المغايرة وقوله وقد روينا فيه اقتصر في بعض النسخ
وفي بعضها الحديث يريد قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وفي الصحيحين عن ابي هريرة رض عن النبي صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك
كلا فالينا واخرجه ابو داود والنسائي وابن ماجة عن المقدام بن معدي كرب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك كلا فالي ومن ترك مالا
فلورثته وانا وارث من لا وارث له اعقل عنه وارثه والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه ورواه ابن حبان في صحيحه وفي لفظ لابي داود
وانا اولى بكل مؤمن من نفسه فمن ترك دينا او ضيعة فالي بخلاف ما لو قال انا ضامن لمعرفته لا يثبت به الكفالة لانه التزم المعرفة دون المطالبة
وكذا انا ضامن لك على ان اوقفك عليه او على ان ادلك عليه او على منزله ولو قال ضامن لمعرفته او على تعريفه ففيه
اختلاف المشايخ والوجه ان لا يلزم لانه مصدر متعد الى اثنين فقد التزم ان يعرفه الغريم بخلاف معرفته فانه لا يقتضي الا معرفة الكفيل للمطلوب وعن نصير
قال سال ابن محمد بن الحسن ابا سليمان الجرجاني عن رجل قال لآخر انا ضامن لمعرفة فلان قال ابو سليمان اما في قول ابي حنيفة وابيك لا يلزمه
شيء واما ابو يوسف قال هذا على معاملة الناس وعرفهم قال الفقيه ابو الليث في النوازل هذا القول عن ابي يوسف غير مشهور والظاهر ما عن ابي حنيفة
ومحمد في خزانة الواقعات وبه يفتى اي بظاهر الرواية لكن نص في المنتقى ان في قول ابي يوسف فيمن قال انا ضامن لك لمعرفة فلان يلزمه وعلى هذا
معاملة الناس وفي فتاوى النسفي لو قال الدين الذي لك على فلان انا ادفعه اليك او اسلمه اليك او اقبضه لا يكون كفالة ما لم يتكلم بما
يدل على الالتزام وفي الخلاصة عن متفرقات حالة قيده بما اذا قاله منجزا فلو معلقا يكون كفالة نحو ان يقول ان لم يؤد فانا اؤدي نظيره في النذر لو قال
انا احج لا يلزمه شيء ولو قال ان دخلت الدار فانا احج يلزمه الحج قوله فان شرط في الكفالة اي بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه او يوم لزمه
احضاره فيه والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه وهذا اذا لم يظهر عجزه عن احضاره فان ظهر لا يحبسه اذ لا فائدة في حبسه كما اذا مات
المكفول به فان الكفالة تبطل فان غاب وعلم مكانه لا يطالب الكفيل للحال ويؤجل الى مدة يمكنه الاحضار فيها فان لم يحضره ظهرت مماطلة الكفيل فيحبس الى ان
يظهر للقاضي تعذر الاحضار عليه بدلالة الحال او الشهود وبذلك فيخرج من الحبس وينتظر الى وقت القدرة كالاعتبار بالدين واذا اخرج لا يحول بينه وبين المكفول له
فيلازمه ولا يمنعه من اشغاله ولو لم يكن يعلم مكانه سقطت مطالبة الكفيل فلو قال المطالب يعرف مكانه وقال الكفيل لا اعرف وان كانت له خرجة معروفة يخرج اليها
الى موضع معلوم للتجارة فالقول للطالب فيؤمر الكفيل بالذهاب اليه لان الظاهر شاهد له وان لم يكن له ذلك فالقول للكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل
ومنكر لزوم المطالبة وقيل لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبس حتى يظهر فيظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه بالضمان فلا يصدق في دعوى ما يسقطها فان
اقام الطالب بينة انه في موضع كذا يؤمر الكفيل بالذهاب اليه وفي بعض النسخ قوله وكذا اذا ارتد ولحق بدار الحرب يعني يمهله الحاكم مدة ذهابه الى دار الحرب
ان كان بيننا وبينهم موادعة فان لم يكن لا يؤاخذ الكفيل للعجز عنه بلحاق وان كان موتا فهي حكمي في ماله ليعطي الاقرب اليه اما حقوق العباد فثابتة على حالها ولم يفصل
في المذهب بين المسافة البعيدة والقريبة وللشافعية فيما اذا كانت مسافة القصر وجهان احدهما لا يسقط الطلب كما هو دونها والثاني يسقط الحاقا بالغيبة المنقطعة

قال وإذا أحضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه مثل أن يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة لأنه أتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لأنه ما التزم التسليم إلا مرة وإذا كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ لأن الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الإحضار فكان التقييد مفيدا وإن سلمه في برية لم يبرأ لأنه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا إذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لأنه قد يكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لأنه لا يقدر على المخاصمة فيه **قال** وإذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لأنه عجز عن إحضاره ولأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل وكذا إذا مات الكفيل لأنه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصي أن يطالب الكفيل وإن لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت **قال** ومن كفل بنفس آخر ولم يقل إذا دفعت إليك فأنا بريء فدفعه إليه فهو بريء لأنه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين

قوله وإذا أحضره وسلمه إليه في مكان يقدر المكفول له على أن يخاصمه مثل أن يكون في مصر من الأمصار برئ الكفيل من الكفالة سواء قبله الطالب أو لا كالمديون إذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب وهذا لأنه ما التزم التسليم بالكفالة إلا مرة وقد حصلت ثم الشرط عندهما أن يكون ذلك المصر المصر الذي كفل فيه وعن أبي حنيفة ليس ذلك بشرط وهي المسألة الأخيرة من مسائل التسليم ووضعها هنا أنسب وجه قوله أنه ثبت بذلك قدرة المخاصمة في الجملة وهما يقولان المقصود من التكفيل بنفسه تحصيله في وقت يقدر فيه على مخاصمته وهذا لا يكون ظاهرا إلا في مصره لأن شهوده ظاهر فيه لا في غيره من الأمصار فلا يفيد التكفيل فائدته المقصودة وقولهما أوجه وفي الفتاوى القاضي إذا أخذ كفيلا من المدعى عليه بنفسه فالكفيل إذا سلمه إلى القاضي أو إلى رسوله برئ وإن سلم إلى المدعي لا وهذا إذا لم يضف الكفالة إلى المدعي فإن أضافه بأن قال أكفل للمدعي فالجواب على العكس أما إن عين مجلس القاضي أو المسجد الجامع فالمذهب أنه إذا سلمه في السوق برئ لأن المقصود من الكفالة تحصيل ذلك وهو قدرة المخاصمة وحين اختلف الزمان رأى المشايخ أنه لا يبرأ بذلك لأن البراءة كانت باعتبار أنه يقدر على إحضاره إلى مجلس القاضي بمعاونة الناس وغيار الطريق الآن لا يقدرون أو لا يفعلون إن قدروا فكان التقييد مفيدا وقد روي ذلك عن أبي يوسف نصا وقال لأن الناس لا يعينونه للإحضار قيل ويجب أن يفتى بهذا ولو شرط التسليم عند الأمير فسلمه عند القاضي أو عزل ذلك القاضي وولي غيره فدفعه عند الثاني جاز في المختلف ولو سلمه في برية أو سواد لا يبرأ اتفاقا ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لأنه لا يقدر على المحاكمة فيه وفي المنتقى رجل كفل بنفس محبوس ينبغي للقاضي أن يخرجه حتى يدفع الكفيل إلى المكفول له ثم يعيده إلى السجن مفهوم قوله وقد حبسه غير الطالب يدل عليه وفي العيون لو ضمن بنفس رجل وحبس المطلوب في السجن فأتى به الذي ضمنه إلى مجلس القاضي فدفعه إليه قال محمد لا يبرأ لأنه في السجن ولو ضمنه وهو في السجن يبرأ ولو خلي عن الحبس ثم حبس ثانيا فدفعه إليه وهو في الحبس إن كان الحبس الثاني من أمور التجارة ونحوها صح الدفع وإن كان في أمر من أمور السلطان لا يبرأ ولو حبس الطالب المطلوب ثم أخذ الطالب الكفيل فقال ادفعه إلي فدفعه إليه وهو في الحبس قال محمد برئ بتسليمه إليه وهو في حبسه ومفهوم هذا القيد في قول المص وقد حبسه غير الطالب ولو قال المطلوب في السجن دفعت نفسي إليك عن كفالته كان جائزا أيضا وبرئ الكفيل وفي الواقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لأنه عجز عن إحضاره **قوله** وإذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لأنه عجز عن إحضاره ولأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل وكذا إذا مات الكفيل يعني يبرأ لأنه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب الذي هو النفس بخلاف الكفيل بالمال إذا مات فإنه يطالب بأداء ما كفل به لأن ماله يصلح للوفاء بذلك فيطالب الوصي فإن لم يكن فالوارث لقيامه مقام الميت ويرجع ورثة الكفيل على الأصيل أعني المكفول عنه إن كانت الكفالة بأمره كما في الحيوة ولو كان الدين مؤجلا ومات الكفيل قبل الأجل يؤخذ من تركته حالا ولا يرجع ورثته على المكفول عنه إلا بعد حلول الأجل لأن الأجل باق في حق المكفول عنه لما هو حل لتحقق حاجته إليه وعن زفر لا يحل بموت الكفيل على الكفيل أيضا أما لو مات المكفول له فلا تسقط الكفالة بالنفس كما لا تسقط بالمال لأن الكفيل موجود وعلى قدرته والوصي أو الوارث يقوم مقام الميت في المطالبة فيطالبه بذلك **قوله** ومن كفل بنفس آخر ولم يقل إذا دفعته إليك فأنا بريء فدفعه إليه فهو بريء لأنه أي دفع المطلوب هو موجب التصرف يعني الكفالة ولا يحتاج في ثبوته إلى التنصيص عليه فالملك موجب البيع فيثبت عنده من غير أن يشترط والتحقيق أن موجب الكفالة وجوب الدفع عند المطالبة وجوازه عند عدمها والبراءة بموجب الدفع فكانت حكم متعلق موجب الكفالة فإذا وجد وجدت وقد وجد إذ قد فرض الدفع فيثبت من غير حاجة إلى اشتراطها وقوله كما في قضاء الدين يعني إذا أسلم المديون الدين للدائن ولا مانع من القبض برئ وإن لم يقبضه كالغاصب إذا رد المغصوب

ولو سلم المكفول بنفسه من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلم اليه وكيل الكفيل او رسوله لقيامهما مقامه
قال فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره الى ذلك الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة
بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة
بنفسه اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي رحمه الله لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع ولنا انه يشبه البيع ويشبه النذر
من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف

على المالك سيرا مع انه جائز فهنا اولى والبائع اذا سلم المبيع الى المشتري قال الفقيه ابو الليث انما ذكر هذا الدفع توهم انه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد اخرى الى
ان يستوفي حقه لان الكفالة ما اريدت الا للتوثق لاستيفاء الحق فما لم يستوفه يجب عليه تسليمه اليه الى ان يستوفيه فازال هذا الوهم ببيان ان عقد الكفالة يوجب التسليم
مرة لا يفيد التكرار **قوله** ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته اي من كفالة الكفيل وذلك بان يقول سلمت نفسي او دفعت نفسي اليك من كفالة
فلان صح عن كفالته فيبرأ الكفيل بذلك قال شمس الائمة لا نعلم فيه خلافا قال المصنف لانه اي المكفول مطالب بالخصومة وفي بعض النسخ مطالب بالخصومة
يعني اذا طالب الطالب الكفيل كان تسليمه نفسه على هذا الوجه مسقطا ذلك عن نفسه اذ مطالبته تعجل الدين الذي عليه فلا يكون متبرعا كالمحيل اذا قضى الدين
بنفسه يصح قبل الطالب او لم يقبله وكذا اذا سلمه رسول الكفيل او وكيله لقيامهما مقامه يعني اذا قال سلمت اليك بتسليم الكفيل بخلاف ما اذا لم يقل
ذلك بل سلم نفسه ولم يزد على ذلك او سلمه الوكيل ولم يقل ما ذكرنا لا يبرأ الكفيل او سلمه اجنبي لا بامر الكفيل عن الكفيل لا يبرأ الكفيل في ... الا
انه سكت الاصيل فلم يقل شيئا لا يبرأ **قوله** فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره الى ذلك الوقت فهو ضامن للالف
لان الكفالة بالمال في هذه المعلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه
بالكفالة المعلقة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل منهما للتوثق وله ان يطالبه بحق آخر فهذان مطلبان اما الاول فخالف فيه الشافعي فقال لا تصح هذه الكفالة لانه
اي لان تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع كما لا يجوز تعليق البيع كان يقول اذا دخلت الدار فقد بعتك كذا فاذا قبل الآخر
لا يثبت البيع عند الدخول فكذلك هذا ولنا انه اي عقد الكفالة يشبه البيع في الانتهاء من حيث ان الكفيل بالامر يرجع الى المكفول عنه بما ادى
فصار كالمعاوضة ويشبه النذر ابتداء من حيث انه تبرع في الابتداء بالتزام المال فبالنظر الى الشبه الاول فقط لا يصح تعليقه وبالنظر الى الثاني فقط
يجوز مطلقا فان النذر يصح تعليقه مطلقا فعملنا بالشبهين فقلنا ان كان التعليق بشرط متعارف بين الناس اي تعارفوا تعليقها به صح عملا بشبه النذر
وان كان بغيره متعارف كدخول الدار وهبوب الريح ونحوه لا يجوز عملا بشبه البيع والتعليق بعدم الموافاة متعارف ثم ذكر خصوص الكتب في صورة المسئلة
وهي الالف اتفاقي في التصوير فان الكفالة لا تتوقف صحتها على معلومية القدر المكفول به بل لا يضر جهالة المكفول به ولو قال كفلت لك بمالك عليه
صح مما ثبت بالبينة انه عليه له لزمه واما الثاني فقد نقل عن الشافعي عدم صحة الكفالتين وهو على خلاف الصحيح من مذهبه بل الكفالة بالنفس جائزة وانما
لا تصح الكفالة الثانية للتعليق واما ثبوت صحتهما فللمقتضي وهو الكفالة بالنفس اولا ثم الكفالة بالمال ثانيا معلقة وقد وجد الشرط فصحت كما ان
متعدد ان الموجب لان موجب تلك تسليم النفس وموجب الاخرى تسليم المال وليس اسقاط احدهما اسقاطا للاخرى الا ان يكون له مال آخر
يدعي به غير المال الذي كفل به معلقا وليس في اللفظ ما يوجب ان التزام الكفالتين على البدل الا لو كانت العبارة كفلت بنفسه على اني ان لم اوافك به
الى كذا كنت كفيلا بما عليه بدل نفسه ولم يذكر كذلك بل اللفظ على ثبوت الكفالة بالنفس منجزا بقوله كفلت بنفسه وعلى تعليق كفالة اخرى بالمال
بعدم الموافاة به وقد وجد الشرط فيثبت الكفالتان ولا يخفى انه لو كانت المعلقة بما له عليه بان كفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى كذا فهو كفيل بما له عليه
ينبغي انه اذا ثبت له عليه مال فدفعه ثم اعترف بانه لم يبق له قبله حق حتى ان تبطل الكفالة بالنفس ولو توارى المكفول له عند مجيء الوقت فلم يجده الكفيل ليدفعه اليه وخاف لزوم المال
يرفع امره الى القاضي لينصب وكيلا فيسلمه اليه وعلى هذا او باع على ان المشتري بالخيار ثلاثة ايام فتوارى حتى تمضي يرفع المشتري الى القاضي لينصب وكيلا عن البائع ويرد
عليه قال الفقيه ابو الليث هذا خلاف قول اصحابنا وانما روي في بعض الروايات عن ابي يوسف ولو فعله القاضي فهو حسن ذكره في الخلاصة

قال ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه لانه علق مالا مطلقا بخطر لا يرى انه لم ينسبه الى ما عليه ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها ولانه لم تصح الدعوى من غير بيان فلا يجب احضار النفس واذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليها بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال في الدعاوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية

وفيها كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به غدا فالمال الذي للطالب على فلان رجل آخر وهو كذا على الكفيل جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف الاول فهنا ثلاث مسائل احدها ان يكون الطالب والمطلوب واحدا في الكفالتين وانه جائز استحسانا والثانية ان يكون الطالب مختلفا فيهما فتبطل الكفالة بالمال سواء كان المطلوب واحدا او اثنين وان كان الطالب واحدا والمطلوب اثنين فهو مختلف فيه ولو كفل بنفسه الى غد فان لم يواف به غدا في المجلس مثلا فعليه المال الذي عليه واشترط الكفيل على الطالب ان لم يواف عند لتقبضه مني فانا بريء منه فالتقيا بعد الغد فقال الكفيل قد وافيت وقال الطالب قد وافيت ولم توافه انت لم يصدق واحد منهما فلو اقام المطلوب بينة على الموافاة برئ من الكفالتين وكذا لو كفل على انه ان لم يوافه فعليه المال فادعى الكفيل انه وافاه به لا يصدق ولو كفل بنفسه وقال فان غاب فلم اوافك به فانا ضامن لما عليه فهذا على ان يوافيه بعد الغيبة قوله ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه يعني بعد الغد ضمن المال ثم المكفول له يرجع على ورثة المكفول به ان كانت الكفالة باذنه فان قيل ينبغي ان لا يجب المال اذا مات المكفول به لان شرط صحة الكفالة بالمال بقاء الكفالة بالنفس وهي انما تبطل بموت المكفول به على ما عرف وصار كما لو ابرأ المكفول له الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل الوقت اجيب بالفرق بان الابراء يوجب فسخ الكفالة فتنفسخ من كل وجه بخلاف الانفساخ بالموت انما هو ضرورة العجز عن التسليم المفيد فيقتصر اذ لا ضرورة الى تعديها الى الكفالة بالمال اذ اصل جواز الجواب المبسوط بان تصحيحها بطريق التقديم والتاخير بان يجعل كانه كفل بالمال للحال ثم علق ابراءه بعدم الموافاة فخرج من الظاهر احتياطا لايجاب المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة ولم يذكر في اكثر نسخ الجامع الصغير لفظ الغد ولهذا لم يذكره فخر الاسلام والصدر الشهيد وقاضي خان فيثبت الفرق بين مسئلة الجامع والقدوري بان هذه مطلقة وتلك مقيدة بالوقت فلهذا ذكرها المصنف والوجه ان هذه تفيد فائدة اخرى وهي ان عدم الموافاة اذا كان للعجز الميت لا اثر له وثبت عنده ضمان انما كان يتوهم ان العجز الموجب لعدم الموافاة يكون عن تقصير من الاصيل بخلاف موت المكفول عنه لانه غلب عن ذلك بامر سماوي لا اجل له في دفعه ولا تقصير منه فيه والا تكون تلك مقيدة وهذه مطلقة لافادة عدم معرفة حكم هذه اذ اعرف ان المدار وجود الشرط ولا فرق بين المقيد والمطلق فيه هذا اذا مات المكفول به فلو مات الكفيل قبل مجيء الوقت هل يجب المال دينا في تركته اذا مضى الوقت قال ظهير الدين في الاصل اشارة الى انه يجب فانه قال ان دفع ورثة الكفيل بالمكفول به الى الطالب قبل انقضاء المدة لا يلزمهم الكفيل المال وان ابى القبول يجبر عليه لان لهم حقا في ذلك وهو ان لا يلزمهم المال عند انقضاء المدة قوله ومن ادعى على آخر الخ صورتها في الجامع محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل لزم رجلا ادعى عليه مائة دينار فبينها او لم يبينها او لم يدع مائة دينار فقال له رجل دعه فانا كفيل بنفسه الى غد فان لم اوافك به غدا فعلي مائة دينار فرضي بذلك فلم يواف به غدا قال عليه المائة الدينار في الوجهين جميعا اذا ادعى ذلك صاحب الحق انه له وهذا قول ابي يوسف وقال محمد ان ادعى فلم يبينها حتى كفل له بالمائة دينار ثم ادعاها بعد ذلك لم التفت الى دعواه وارادوا بالوجهين ما اذا بينها اي ذكر انها جيدة او ردية او وسط او غير ذلك او لم يذكر كذا قيل والاخرى ان يراد بالوجهين ما اذا ادعى المائة بينها او لا وما اذا لم يدع شيئا حتى كفل له ثم ادعى المقدار الذي سماه الكفيل لمحمد فيهما ان احدهما انه علق التزام المال المطلق بخطر هو عدم الموافاة اذ لم ينسب المائة الى ما عليه وهو رشوة على ان يترك المطلوب في الحال فلا يصح التزام هذا المال وكلامه يحتمل ذلك كما يحتمل ما يدعيه فلا يثبت ذلك بالشك وعلى هذا الوجه عول ابو منصور الماتريدي وهذا الوجه

قال ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة رح معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ولابي حنيفة قوله عليه السلام لا كفالة في حد من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير ولو سمحت نفسه به يصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم **قال** ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه القاضي لان الحبس للتهمة ههنا والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وذكر في ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة

لا يمنع صحة الكفالة بالنفس الثاني ان الكفالة بالنفس باطلة لان صحتها موقوفة على صحة الدعوى ولم تصح مع جهالة المدعى به من غير بيان فلم يجب احضار النفس فلم تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه بناء عليه واذا لم تصح الاولى لم تصح الثانية وعلى هذا الوجه عول الكرخي وهو مبطل للكفالتين قال المص ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال في الدعاوي قبل الحضور الى مجلس القاضي احترازا عن حيل الخصوم ثم يقع البيان فيه فيصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فيتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها صحة الثانية ونحن قد اسمعناك عبارة الجامع الصغير والمال منكر فيه حيث قال فعلي مائة دينار وكذا ذكر غير واحد وكذا في المبسوط فالوجه ان يترك المقدمة الاولى ويقال انه اذا اظهرت الدعوى بالف ظهر انه اراد الالف التي يدعيها حكما منا بان الكفيل كان يدري خصوص دعواه تصحيحا لكلام العاقل ما امكن فتصح الكفالة حين تقع على اعتبار بيان الدعوى بذلك القدر وحاصل هذا انا لا نحكم حال صدوره بالفساد بل الامر موقوف على ظهور الدعوى بذلك القدر فاذا اظهرت ظهر انه انما كفل للمدعي بها بالف وفي الخلاصة قال ان كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه الف درهم ولم يقل التي عليه فمضى غد ولم يواف به وفلان يقول لا شيء على والطالب يدعي الفا والكفيل ينكر وجوبه على الاصيل فعلى الكفيل الف درهم عند ابي حنيفة وابي يوسف في قوله الاول وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا شيء عليه وهذا يقتضي ان الحاصل ان ابا حنيفة وحده يستفاد بها الالف تجب على الكفيل بمجرد دعوى المكفول له وان كان الكفيل ينكر وجوبه على الاصيل وح ذكر بالظهر فيها **قوله** ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة رض قال المص معناه لا يجبر على اعطاء الكفيل عنده وقالا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد ولهذا اشترط الدعوى وفي القصاص خالص حق العبد ليس كذلك بل الغالب فيه ذلك وفيه حق الله تعالى اخلاء الارض عن الفساد ومعنى الجبر ليس ان يحبس حتى يعطي بل يلازمه ولا يدعه يدخل بيته الا وهو معه او يجلس معه خارج البيت او يعطي كفيلا بخلاف الحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنا والشرب لا تجوز الكفالة وان طالب نفس المدعى عليه باعطاء الكفيل بعد الشهادة او قبلها لان قبلها لا يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا يصح دعوى حد الزنا والشرب فلم تقع الكفالة بالنفس بحق واجب على الاصيل وبعد اقامة البينة يقبل التعديل او شهادة واحد عدل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا معنى للكفالة بخلاف ما فيه حق العبد فان حضوره مجلس الحكم مستحق عليه بمجرد دعوى القذف والقتل حتى يجبره القاضي على الحضور ويحول بينه وبين اشغاله فتصح الكفالة باحضاره واورد عليه ينبغي ان لا يحبس بذلك لان معنى الاستيثاق فيه اكثر واجيب بان الحبس في هذا ليس للاحتياط لاثبات الحد بل لتهمة الدعارة والفساد تعزيرا واذا لم يكفل به ماذا يصنع قال يلازمه الى وقت قيام القاضي عن المجلس ثم ان احضر البينة فيها والا خلى سبيله وروي عن ابي يوسف في الذي يجمع الخمر ويشربه ويترك الصلوة احبسه وادبه ثم اخرجه ومن يتهم بالقتل والسرقة وضرب الناس فاني احبسه واخلده في السجن الا ان يتوب لان شر هذا على الناس وشر الاول على نفسه ولابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حد رواه البيهقي وقال تفرد به عمر بن ابي عمر الكلاعي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده وهو من مشائخ بقية المجهولين ورواه ابن عدي في الكامل عن عمر الكلاعي واعله به قال مجهول لا اعلم روى عنه غير بقية كما يروي عن سائر المجهولين ولان مبنى الكل يعني الحدود الخالصة لله تعالى والتي فيها حق العبد كالقصاص على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانه لا يندرئ بالشبهات فيليق الاستيثاق كما في التعزير حيث يجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فيه فهذا ولو سمحت نفسه اي نفس المطلوب باعطاء الكفيل بلا جبر يعني في حد القذف

قال والرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه دين مطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما قال ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان لان موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان واما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به او مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او بما لك عليه او بما يدركك في هذا البيع لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيه الجهالة وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل بشجة صحت الكفالة وان احتملت السراية والاقتصار وشرط ان يكون دينا صحيحا ومراده ان لا يكون بدل الكتابة وسياتيك في موضعه ان شاء الله قال والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرء بها المحيل تكون كفالة ولو طالب احدهما له ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم بخلاف المالك اذا اختار تضمين احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك من الثاني اما المطالبة بالكفالة لا يتضمن التمليك فوضح الفرق

والقصاص جاز لانه امكن ترتيب موجبه عليه وهو تسليم النفس لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب بها الكفيل فيتحقق الضم ومقتضى هذا التعليل صحة الكفالة اذ سمح بها في الحدود الخالصة حقا لله تعالى لان تسليم النفس واجب فيهما لكن نص في الفوائد الخبازية والشاهية على ان ذلك في الحدود التي فيها للعباد حق كحد القذف لا غير لما ذكرنا ومن قريب لانه معارض للوجوب بالدرء ولا يحبس في الحدود حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه القاضي انه عدل النفي للجهالة لان الحبس هنا للتهمة لا للاستيفاء والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة لان التهمة تثبت بذلك فاذا ثبتت التهمة حبس بالنص وهو ما روى بهز بن حكيم عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة وسنذكر تخريجه والكلام فيه في الحدود بخلاف الاموال لان الحبس اقصى عقوبة فيه اي في المال فانه لو ثبت المال بالبينة العادلة وامتنع من الايفاء يحبس فكان اقصى عقوبة فيها اما الحدود والقصاص فاقصى العقوبة فيها القتل والحبس نوع عقوبة فجاز ان يعاقب بالحبس قبل ثبوت الحد والقصاص وفي الصحاح والمغرب التهمة بالتحريك واصل التاء فيها واو من وهمت الشيء اوهمه وهما من باب ضرب اي وقع في خلدي والوهم ما وقع في القلب من الخاطر واتهمت فلانا بكذا والاسم التهمة بالتحريك اصله اوتهمت كما في اتكلت اصله اوتكلت بمعنى اعتمدت قلبت الواو ياء لانكسار ما قبلها ثم ابدلت منها التاء وادغمت في تاء الافتعال قال المص وذكر في ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة اذ هما يقولان بجواز الكفالة فيحصل بها المقصود فكان عنهما روايتان في رواية يحبس ولا يكفل وفي اخرى يكفل ولا يحبس لحصول المقصود باحدهما ويجمع بينهما بان المراد بالاولى يحبس ان لم يقدر على كفيل وبالثانية يكفل بلا حبس ان قدر على الكفيل ولا يخفى ان المراد بالحدود حد القذف والقصاص قوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج لان الكفالة ضم في المطالبة بالدين والخراج دين مطالب به من جهة العباد حتى يحبس به ويلازم ويمنع من وجوب الزكوة فصحت الكفالة به والرهن لاستيفاء الدين والخراج يمكن استيفاؤه من الرهن فامكن ترتيب موجب العقد اي كل من عقد الكفالة وهو مطالبة الكفيل وعقد الرهن وهو الاستيفاء للخراج من الرهن فيصح كل من عقد الكفالة والرهن به فظهر بما قررناه ان قوله مطالب به ممكن الاستيفاء لف ونشر فالمطالبة ترجع الى الكفالة والاستيفاء يرجع الى الرهن وانما نص على خصوص هذا الدين لدفع توهم انه لا تجوز الكفالة به لان الخراج في حكم الصلوة ووجوبه بحق الشرع كالزكوة لكن لما كان ملزوما للوازم الدين كما ذكرنا صح العقدان المذكوران بخلاف دين الزكوة فانه وان كان له مطالب من العباد وهو الامام في الاموال الظاهرة والملاك في الباطنة لا تصح الكفالة به فانه ليس حقيقة الدين لان حاصله ايجاب تمليك طائفة من المال شكرا لله على نعمة الغنى ولذا لا يؤخذ من تركته فيجبر الورثة عندنا ولم يخص كونه له مطالبة من العباد عن شبهة عدم ذلك فان المالك للعين يتحقق مطالبة البا من جهة العباد حقيقة بل حقيقته ذلك ان يكون غير المالك مطالبا لا المالك والمالك مطالب بفتح اللام ليس غير ومطالبة الامام ليس لا لايصال المستحقين الى ما لهم بل الى ما يستحقونه بالطريق الملاك بخلاف سائر الديون فانها مملوكات قوله ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر بنفسه جاز وهما كفيلان بالنفس لان موجبه التزام المطالبة وجاز تعدد الملتزمين بها لزيادة التوثق ثم اذا سلم احدهما نفس المكفول به لا يبرأ الآخر بالاجماع بخلاف الكفالة بالمال ان كفلوا معا طولب كل بما يخصه او على التعاقب جازت مطالبة كل واحد بالكل مثلا كفل ثلاثة معا بالف لا يطالب احد منهم الا بثلثها ولو كفلوا بها على التعاقب طولب كل واحد بالالف وايهم قضى سقطت عن الباقين قوله واما الكفالة بالمال فجائزة عدل عن قوله اول الباب

قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلي وما ذاب لك عليه فعلي او ما غصبك فعلي والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جاء المطر

الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال من حيث المعنى فان لمعادلة الصريحة لو قال اما الكفالة بالنفس وهو انما قال فالكفالة بالنفس الخ والكفالة بالمال عندنا جائزة وان كان المال المكفول به مجهول المقدار وبه قال مالك واحمد والشافعي في القديم وقال في الجديد هو وابن ابي ليلى والليث وابن المنذر لا تجوز بالمجهول لانه التزام مال مجهول فلا يجوز فلا بد من تعيينه لوقوع المماكسات في مبادلة المال بالمال والكفالة عقد تبرع كالنذر لا يقصد به سوى ثواب الله او دفع الضيق عن الحبيب فلا يبالي بما التزم في ذلك ويدل على ذلك اقدامه بلا تعيينه للمقدار حين قال ما كان عليه فعلي فكان مبناها التوسع فتحملت فيها الجهالة ومن آثار التوسع فيها جواز الكفالة بشرط الخيار عشرة ايام بخلاف البيع ومما نحن فيه من انه لو قال انا ضامن لك ببعض ما لك على فلان فانه لا يصح ممنوع بل يصح عندنا والخيار للضامن ويلزم ان يبين اي مقدار شاء وعلى ضمان الدرك اجماع وضمان الدرك ان يقول للمشتري انا ضامن للثمن ان استحق المبيع احد مع جواز ان لا يظهر استحقاق بعضه او كله وقد نقل نص الشافعي على جواز ضمان الدرك واما الاستدلال بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم على ان شرع من قبلنا شرع لنا اذا قص ولم يعقبه بانكار فيمكن ان يدعي ان حمل البعير كان مقدارا معينا كما يتعارف في زماننا ان الحمل الصادر خمسمائة رطل فلا يتم الاستدلال به وصار كما لو كفل لشجة اي خطأ فان العمد على تقدير السراية يجب القصاص اذا كانت بآلة جارحة ولا كفالة بالقصاص واذا كانت خطأ ففي الكفالة بها جهالة المكفول به فانها ان سرت الى النفس وجب دية النفس والا فارش الشجة ومع ذلك صح وقد منا ان المراد من الدين الصحيح ما لا يكون بدل الكتابة فانه ليس بدين صحيح لان العبد يتمكن من اسقاط هذا الدين بنفسه بان يعجز نفسه ولانه للسيد على عبده ولا دين يثبت للسيد على عبده ولذا احترز به عن دين الزكوة فانه دين حتى يمنع وجوب الزكوة لكنه ليس حقيقة الدين من كل وجه لما ذكرنا والدرك التبعة وفيه فتح الراء وسكونها ثم المكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الدين وان شاء طالب الكفيل وهو قول اكثر اهل العلم وعن مالك لا يطالب الكفيل الا اذا تعذرت مطالبة الاصيل وله مطالبتهما جميعا لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة وذلك يسوغ مطالبتهما ومطالبة ايهما شاء الا اذا شرط في الكفالة براءة الاصيل فح لا يطالب الاصيل بناء على انها حوالة عقدت بلفظ الكفالة يجوز بها فيها فتجري فيها احكام الحوالة كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ الاصيل تنعقد كفالة اعتبارا للمعنى فيهما بخلاف المالك المغصوب منه اذا اختار تضمين احد الغاصبين يعني الغاصب وغاصب الغاصب اذا قضى القاضي عليه بذلك ليس له ان يضمن الآخر لان اختياره تضمين احدهما اسبب ان يقضي عليه يتضمن التمليك منه فيبرأ الآخر بالضرورة بخلاف المطالبة عن الكفالة لا تقتضي التمليك ولو قضي عليه ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء

قوله ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا وما ذاب لك عليه اي ما وجب وثبت عليه فعلي من ذوب الشحم لان المعنى ان ما بايعته فعلي درك ذلك البيع فان ذاب لك عليه شيء فعلي وكذا ما غصبك فعلي واذا صحت فعليه ما يجب بالمبايعة الاولى فلو باعه مرة بعد مرة لا يلزمه ثمن في المبايعة الثانية ذكره في المجرد عن ابي حنيفة نصا وفي نوادر ابي يوسف برواية ابن سماعة يلزمه كله ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان ونهاه عن المبايعة صح حتى لو باع بعد ذلك لم يلزم الكفيل شيء وقيد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه معلوما فان جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة كجهالة المكفول له في الاضافة فلو قال ما بايعت من الناس فعلي ضمانه فهو باطل لتفاحش الجهالة بجهالة المكفول عنه وبه بخلاف انفراد جهالة المكفول به فانها جهالة قليلة تتحمل والحاصل ان جهالة المكفول تمنع صحة الكفالة مطلقا وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقا وجهالة المكفول عنه في التعليق والاضافة تمنع صحة الكفالة وفي التنجيز لا تمنع مثال ذلك لو قال ما ذاب لك على احد من الناس او ما بايعت احدا فعلي لا يصح بجهالة المضمون عنه في الاضافة وكذا لو قال ما ذاب لاحد عليك فهو علي لا يصح بجهالة المكفول له ولو قال ما غصبك فلان او سرقك فعلي جاز لانه عين ما من الشيء ما غصبك اي اهل هذه الدار فانا ضامن لا يصح الكفالة كانه قال ما يجب لك على احد من الناس

وكذا اذا جعل واحدا منهما اجلا لما تقدم انه يصح الكفالة وتجب للمال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة
كالطلاق والعتاق

فصلى وفيه لا تصح بجهالة المكفول عنه فمن بايع فلانا اليوم من بيع فعلي لا يلزم الكفيل شيء بجهالة المكفول لانه ضمن لواحد من الناس بخلاف ما لو قال لجماعة
حاضرين ما بايعتموه فعلي فيصح لانهم معلومون عند المخاطبين فايهم بايعوه لزم الكفيل لانه ضمن لمعينين وح يجب ان يحمل الدار في المسئلة التي قبلها على المعينين معلومين
عند المخاطبين والا فلا فرق ومنه ما لو قال لرجلين كفلت لهذا بماله على فلان وهو الف او لهذا بماله عليه فهو باطل لجهالة المكفول له ولو قال لرجل
كفلت بما لك على فلان او بما لك على فلان رجل آخر جاز لانها جهالة المكفول عنه في غير تعليق ويكون الخيار للكفيل فيحتاج الى فرقين فرق بين المكفول
وعنه في التنجيز حيث يصح مع جهالة المكفول عنه دون المكفول له وفرق بين المكفول عنه في التنجيز والاضافة حيث يصح في التنجيز دون الاضافة اما
الاول فما ذكر في الذخيرة ان الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع والمكفول له كالبائع لانه تملك ما في ذمة المكفول عنه من الكفيل فلا بد من تعيينه فلا يصح بدون
قبول المشتري وقبوله يستلزم تعيينه فكانت جهالة الطالب مانعة جوازها كجهالة المشتري مانعة للبيع والكفالة في حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق
حيث صح من غير قبوله وامره فلا تمنع جهالته كالمعتق جواز العتق واما الفرق بين جهالة المكفول عنه في الارسال والتوقيت ان القياس يابى جواز اضافة
الكفالة لانها تمليك في حق الطالب وانما جوز استحسانا للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوما فاذا كان مجهولا يبقى على القياس وحاصل
هذا ان المبطل هو الاضافة لا جهالة المكفول عنه اذا عرف هذا جئنا الى مسئلة الكتاب واستدل المص واكثر الاصحاب بقوله تعالى ولمن جاء به حمل
بعير وانا به زعيم ونقل عن ابي بكر الخصاف تضعيف الاستدلال به لجواز ان يكون لبيان الامانة لا الكفالة وكذا قاله اصحاب الشافعي لان هذا
القائل ضامن عن نفسه وهذا حال المستأجر لانه ضامن للاجرة عن نفسه بحكم الاجارة لا الكفالة وضمان الامانة على هذا الوجه جائز ويمكن ان يجعل عبده فقال من جاء
به فله كذا او الدليل على انه ليس من باب الكفالة بل من الجعالة ان المكفول له في الآية مجهول ولا كفالة مع جهالة الا في مسئلة واحدة سياتي وعامة المشايخ
قالوا الاستدلال صحيح فان الزعيم حقيقة الكفيل والمؤذن انما نادى الغير عن غيره وهو الملك فان المعنى الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير
لانه انما نادى بامره ثم كفل عن الملك بالجعل المذكور لا عن نفسه الا ان فيها جهالة المكفول له فقد اشتملت على امرين جواز الكفالة مع جهالة المكفول له وجوازها
مضافة وقد علم انتساخ الاول بدلالة الاجماع على منعها بجهالة المكفول له وهو لا يستلزم نسخ الآخر كما قلنا بجواز الكفالة عن الميت المفلس وبطلانها
مع جهالة المكفول له وغيبته بحديث ابي قتادة في قضية الميت المديون بدرهمين فقال هما علي فصلى عليه الصلوة والسلام عليه فدل على جواز الامرين ثم قام
الدليل على انتساخ احدهما وهو جوازها مع غيبة المكفول له ولم يقم على الآخر وهو الكفالة عن الميت المفلس ولو لم يتم هذا كفى ما تقدم من المعنى فيها
ومن الاجماع على صحة ضمان الدرك ولما كان اضافة الكفالة على خلاف القياس لما ذكرنا من شبهها بالبيع الى آخر ما تقدم اقتصر على ما يناسب مورد النص
وهو ان يكون شرطا ملائما وملائمة الشرط باحد ثلاثة امور احدها ان يكون سببا للزوم الحق وهو الذي عبر عنه المص بان يكون شرطا لوجوب الحق
كقوله اذا استحق المبيع فان استحقاقه سبب لوجوب الثمن على البائع للمشتري ومن هذا القبيل ما في الآية فان الكفالة بالجعل معلقة بسبب وجوبه وهو المجيء
بالصاع فانه سبب وجوب الجعل الثاني ان يكون شرطا لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم فلان وهو مكفول عنه فان قدومه سبب موصل للاستيفاء
منه الثالث ان يكون سببا لتعذر الاستيفاء مثل ان غاب عن البلد او هرب او مات ولم يدع شيئا ومن الصور المروية عن محمد ضمنت ما لك على
فلان ان توى وان حل مالك عليه ولم يوافك به وفي الخلاصة نقلا من الاصل قال للمودع ان اتلف المودع وديعتك او جحدك فانا ضامن لك صح
وكذا ان قتلك او ابنك فلان خطأ فانا ضامن للدية صح بخلاف ان اكلك سبع ونحوه مما ليس بملائم كان دخلت الدار وقدم فلان وهو غير مكفول عنه

فان قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه
فيصح الضمان به وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة فان اعترف المكفول عنه
باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها

وهبت الريح او جاء المطر لا يصح هذا التعليق وكذا اذا جعل واحد منهما اجلا يعني من هبوب الريح ومجي المطر كان يقول كفلت به او بما لك عليه الى
ان يهب الريح او الى ان يجي المطر لا يصح الا ان الكفالة تثبت حالة ويبطل الاجل بخلاف ما لو علقها بها نحو اذا هبت الريح فقد كفلت به او بما لك عليه
فان الكفالة باطلة اصلا ولو جعل الاجل الحصاد والدياس او المهرجان او الفطر او صوم النصارى جازت الكفالة والتاجيل فالحاصل ان الشرط
الغير الملائم لا تصح معه الكفالة اصلا ومع الاجل الغير الملائم تصح حالة ويبطل الاجل لكن تعليل المص لهذا بقوله لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل
بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق يقتضي ان في التعليق بغير الملائم تصح الكفالة حالة وانما يبطل الشرط والمصرح به في المبسوط وفي فتاوى
قاضي خان ان الكفالة باطلة فتصحيحه ان يحمل لفظ تعليقها على معنى تاجيلها بجامع ان في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال وقلد المص في هذا الاستعمال
لفظ المبسوط فانه ذكر التعليق واراد التاجيل هذا وظاهر شرح الاتقاني الشي على ظاهر اللفظ فانه قال فيه الشرط اذا كان ملائما جاز تعليق الكفالة
ومثل بقوله اذا استحق المبيع فانا ضامن الى ان قال وان كان بخلاف ذلك كهبوب الريح ومجي المطر لا يصح التعليق ويبطل الشرط ولكن تنعقد الكفالة
ويجب المال لان كلما جاز تعليقه بالشرط لا يفسد بالشروط الفاسدة اصله الطلاق والعتاق وفي الخلاصة كفل بمال على ان يجعل له الطالب جعلا
فان لم يكن مشروطا في الكفالة فالشرط باطل وان كان مشروطا فيها فالكفالة باطلة انتهى وهذا يفيد انها تبطل بالشروط الفاسدة اذا كانت في صلبها
قوله فان قال تكفلت بما لك عليه هذا شروع في بيان خصوص وقت الوجوب على الكفيل وهذا على اختلاف الالفاظ التي تقع بها الكفالة فمن
ذلك ما ذكر من قوله تكفلت لك بما لك عليه فلا يجب على الكفيل شي الا ان تقوم البينة بمقدار الف او غيرها لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة
فيتحقق بها ما عليه فيجب عليه ولو لم يقم بينة فالقول قول الكفيل في مقدارها على المكفول عنه مع يمينه وان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق
على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق المكفول عنه في حق نفسه بما اقر به على نفسه لولايته عليها بخلاف قوله ما ذاب لك على فلان
فهو علي او ما ثبت فاقر المطلوب بمال لزم الكفيل لان الثبوت حصل بقوله وكذلك ذاب فانه بمعنى حصل وقد حصل باقراره بخلاف الكفالة بما لك
عليه فانها بالدين القائم في الحال وما ذاب ونحوه الكفالة بما يجب والوجوب ثبت باقراره بخلاف ما قضى عليه لك لا يلزمه الا ان يقضي عليه
ما اقر لك به امس فلو قال المطلوب اقررت له بالف امس لم يلزم الكفيل لانه قبل مالا واجبا عليه لا مالا يجب عليه في الحال ولم يثبت انه واجب
عليه وان قال ما اقر به فاقر به في الحال يلزمه ولو قامت بينة انه اقر له قبل الكفالة بالمال لم يلزمه لانه لم يقل ما كان اقر لك ولو ابى المطلوب اليمين
فالزمه القاضي لم يلزم الكفيل لان النكول ليس باقرار بل بذل وفي الخلاصة رجل قال ما اقر فلان به فهو علي فمات الكفيل ثم اقر فلان فالمال لازم
في تركة الضامن وكذا ضمان الدرك وفيها رجل قال للآخر بايع فلانا فما بايعته من شي فهو علي صح فان قال الطالب بعته متاعا بالف وقبضه منى
واقر به المطلوب وجحد الكفيل يؤخذ الكفيل به استحسانا بلا بينة ولو جحده الكفيل والمكفول عنه واقام الطالب البينة على احدهما انه باعه وسلمه لزمهما
ولو قال ان لم يعطك فلان ما لك عليه فانا ضامن لذلك لا سبيل فيه عليه حتى يتقاضاه فيقول لا اعطيك ولو مات المطلوب قبل ان يتقاضاه
لزم الضمان ايضا ولو لم يمت لكنه قال انا اعطيك ان اعطاه مكانه او ذهب الى السوق فاعطاه او قال اذهب الى المنزل حتى اعطيك
مالك فاعطاه فهو جائز فان طال ذلك فلم يعطه من يومه لزم الكفيل ولو قال ان تقاضيت فلانا ما لك عليه ولم يعطك فانا ضامن فمات المطلوب
قبل ان يتقاضاه بطل الضمان ولو قال ان عجز عن كذا كيف عن الاداء فهو علي فالعجز يظهر بالحبس ان حبسه ولم يؤد لزم الكفيل وفي فتاوى النسفي رجل كفل لرجل عن

قال وتجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره لاطلاق ما روينا ولانه التزام للمطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي به فان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دينه بامره وان كفل بغير امره لم يرجع بما يؤديه لانه متبرع باداته وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث وكما اذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المامور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما اذا ابرأ الكفيل

رجل قال على ان يكفل عنه فلان كذا من المال فلم يكفل فلان فالكفالة لازمة وليس له الخيار في ترك الكفالة وفي مجموع النوازل جماعة قصد الوالي ان يأخذ منهم شيئا بغير حق فاختفى بعضهم فظفر الوالي ببعضهم فقال المختفون للذين وجدهم الوالي لا تطلعوه علينا وما اصابكم فهو علينا بالحصص فلو اخذ الوالي منهم شيئا فلهم الرجوع قال هذا يستقيم على قول من يقول بجواز ضمان الجباية وعلى قول عامة المشايخ لا يصح ولو كفل بماله على ان يعطيه من وديعة المكفول عنه التي عنده جاز اذا امره وبذلك ليس له ان يسترد الوديعة منه فان هلكت برئ الكفيل والقول قول الكفيل انها هلكت فلو غصبها رب الوديعة او غيره او استهلكها برئ الكفيل والحوالة على هذا ولو ضمن بالف على ان يعطيه اياه من ثمن هذه الدار لم يبعها لم يكن على الكفيل ضمان ولا يلزم بيع الدار

قوله وتجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره لاطلاق ما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فانه اعم من كونه باذن او بلا اذن ولانه اي عقد الكفالة التزام المطالبة وهو اي هذا الالتزام تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب بالضرر على المطلوب لان ضرره ثبوت الرجوع ولا رجوع عليه لانه اي الرجوع عند امره وعند امره يكون قد رضي به فان كفل بامره رجع بما ادى لانه قضى دينه بامره يقيد بامرين احدهما ان يكون المطلوب ممن يصح منه الامر فلو كان صبيا او محجورا او امر من يكفل فلا رجوع له عليه فلو كان عبدا محجورا فانما يرجع عليه بعد عتقه فلو كان الصبي مأذونا صح امره ويرجع الكفيل عليه لصحة امره بسبب الاذن ثانيهما ان يشتمل كلامه على لفظة عني كأن يقول اكفل عني ضمن لفلان او على قوله وانا ضامن لفلان ونحوه فلو قال اضمن الالف التي لفلان على لم يرجع عليه عند الاداء لان الكائن مجرد الامر بالضمان والاعطاء فجاز ان يكون القصد ليرجع وان يكون القصد طلب تبرعه بذلك فلم يلزم المال وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح بدليل ما في اشارات الاسرار اذا قال لرجل اضمن لفلان الف درهم او اقضه الف درهم ففعل لم يرجع على الآمر الا اذا كان خليطا او شريكا وقال ابو يوسف يرجع لانه وجد القضاء بناء على الامر فلا بد من اعتبار الامر فيه وان يكون كذلك لا اذا كان قضاء من جهة الذي امر فصار كما لو قال اقض عني وتضمن ذلك استقراضا منه ونحن قلنا لا يقع عن الذي الغا الامر لانه يصير قاضيا عن نفسه فيصير وجود الامر وعدمه سواء اما الخليط فيرجع فيه بالاجماع والخليط هو الذي يعتاد الرجل مداينته والاخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستجرار منه فاورد مطالبته بالفرق بين الامر بالكفالة وبين ما اذا قال اد عني زكوة مالي واطعم عني عشرة مساكين فادى عنه لا يرجع على الآمر ما لم يشترط الضمان فيقول على اني ضامن فلم يكتف بمجرد الامر في الرجوع وان ذكر فيه لفظة عني بل حتى يشترط الضمان وفي الكفالة اكتفي به واجاب في الذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام بان الامر طلب التمليك من المامور في الفصول كلها لانه امره ان يؤدي عنه ويقتضي عنه ولن يكون قاضيا عنه الا بعد ان يصير المقتضي به ملكا للآمر الا ان الملك للآمر انما يثبت في ضمن ملك القابض فيثبت على وفقه فمتى لم يثبت للقابض ملك مضمون بالمثل يثبت للآمر مثل ذلك والا فلا وفي قضاء الدين انما يثبت للقابض ملك مضمون بالمثل لانه تملك بالمثل وهو الدين السابق له حتى لو ظهر ان لا دين عليه يسترد منه المقبوض فيثبت للآمر ملك مضمون بالمثل وليس كذلك الا القرض وفي باب الزكوة والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل حتى لو ظهر ان لا زكوة عليه لا يسترد من الفقير ما قبض فيثبت للآمر ملك مثل ذلك فلا ضمان عليه الا بالشرط والحاصل ان الامر في الكفالة تضمن طلب القرض اذا ذكر لفظة عني وفي قضاء الزكوة والكفارة طلب اتهاب ولو ذكر لفظة عني لما ذكرنا ان الملك انما يثبت للمكفول عنه على الوجه الذي يثبت للقابض قوله وان كفل بغير امره لم يرجع هو قول للشافعي ورواية عن احمد وقول مالك وفي رواية عن احمد يرجع كالوكيل بامره لان الطالب بالاستيفاء منه كالمملك لما على المطلوب من الكفيل او كالمقيم له مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل وقلنا تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وحيث تساهلنا في شيء من ذلك فانما معناه تشبيها اي هو كالمملك وفي الكفالة بالامر يجب المال للكفيل على الاصيل

قال: وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه لأنه لا يملكه قبل الأداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء لأنه انعقد بينهما مبادلة حكمية. قال: فإن لوزم بالمال كان له أن يلازم المكفول عنه حتى يخلصه وكذا إذا حبس كان له أن يحبسه لأنه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله. وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه برئ الكفيل لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل لأن الدين عليه في الصحيح. وإن أبرأ الكفيل لم يبرأ الأصيل عنه لأنه تبع ولأن عليه المطالبة وبقاء الدين على الأصيل بدونه جائز. وكذا إذا أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن الكفيل ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الذي عليه الأصل لأن التأخير إبراء مؤقت فيعتبر بالإبراء المؤبد بخلاف ما إذا كفل بالمال الحال مؤجلا إلى شهر فإنه يتأجل عن الأصيل لأنه لا حق له إلا الدين حال وجود الكفالة فصار الأجل داخلا فيه أما ههنا فبخلافه

حكما للكفالة كما وجب للطالب بها على الكفيل لكن يتأخر إلى أدائه وهذا لا يكون في كفالة بلا أمره لأنه متبرع ولا يمكن إثبات المال في ذمة المطلوب بلا رضاه ولذلك لا يرجع. وقوله رجع بما أدى معناه إذا أدى ما ضمنه أما إذا أدى خلافه فإنما يرجع بما ضمن حتى لو كان الدين زيوفا فأدى عنه جيادا فإنما يرجع بالزيوف أو كان الدين جيادا فأدى عنه زيوفا وتجوز الطالب بها فيرجع بالجياد بخلاف المأمور بأداء الدين فإنه يرجع بما أدى فلو كان الدين جيادا فأدى زيوفا فإنه يرجع بالزيوف ولو كان زيوفا فأدى جيادا رجع بالزيوف أيضا لأن رجوعه بحكم الأمر ولم تدخل صفة الجودة فيما إذا كان الدين زيوفا تحت الأمر أما الكفيل فإنما يرجع بحكم الكفالة وحكمها أنه يملك الدين بالأداء فيصير كالطالب نفسه فيرجع بنفس الدين فصار كما إذا ملك الكفيل الدين بالإرث بأن مات الطالب والكفيل وارثه فإنما له عينه وكذا إذا وهب الطالب الدين للكفيل أو تصدق به عليه فإنه يملكه ويطالب به المكفول بعينه. فإن قيل ينبغي أن لا تصح هبة الدين من الكفيل لأن هبة الدين إنما تصح ممن عليه الدين وليس الدين على الكفيل على المختار وهذه المسألة استدل من قال إن الكفالة ضم في الدين. أجيب بأن هبة الدين من غير من عليه الدين إنما لا تجوز إذا لم يأذن للغير في قبضه فأما إذا وهب الدين من آخر وأذن له في قبضه جاز استحسانا وهنا لما أدى الدين فقد سلطه الطالب على قبضه من المطلوب كذا قيل والوجه أن يقال لعقد الكفالة سلطه على قبضه عند الأداء وإنما اخترنا هذه العبارة لأن بقبض الطالب من الكفيل سقطت ولايته عن الدين الذي على المطلوب فصار ملكا له شرعا جبرا من غير اختيار من الطالب فلا يملك التسليط على ما ليس في ملكه والأوجه أنما اعتبار الدين في ذمة الكفيل كما هو في ذمة الأصيل ويسقط عنهما بأداء أحدهما كما هو أحد القولين إذ اعتباره كذلك عند الهبة تصحيحا للتصرف. وإذا وهب الكفيل الدين لا بد من قبوله بخلاف ما إذا أبرأه لأن الواجب عليه المطالبة وبالإبراء يسقط فلا يحتاج إلى القبول ولا يرتد بالرد. وقوله وكما إذا ملك المحتال عليه الدين بالأداء إلى المحتال بأن أحال المديون رجلا على رجل ليس عليه دين فقبل الحوالة وأدى فإنه يملك الدين الذي على المحيل فيرجع به لا بما أدى حتى لو أدى عروضا أو دراهم عن الدنانير لا يرجع إلا بالدين كالكفيل وكذا لو ملك وكذلك لو وهب المحتال الدين للمحتال عليه أو تصدق به عليه أو ورثه المحتال عليه من المحتال. وقوله كما ذكرنا في الحوالة أي حوالة كفالة المنتقى بخلاف المأمور بأداء الدين فإنه يرجع بما أدى لأنه لم يملك الدين بالأداء كما ذكرنا قريبا وبخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف المكفول بها على خمسمائة حيث يرجع بما أدى وهو الخمسمائة لا بما ضمن وهو الألف لأنه إسقاط وهو إبراء عن بعض الدين فيسقط البعض ولا ينتقل إلى الكفيل. وقوله كما إذا أبرأ الكفيل يعني عن خمسمائة وأخذ منه خمسمائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه إلا بخمسمائة فكذلك إذا صالح على خمسمائة عن الألف لا يرجع إلا بخمسمائة والمعنى إذا أبرأ الكفيل عن كل الدين لا يرجع بشيء فكذلك عن بعضه لا يرجع بخلاف ذلك البعض اعتبارا للبعض بالكل

قوله وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه لأنه أي الكفيل لا يملكه قبل الأداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث له أن يرجع على الموكل بالثمن قبل أن يؤديه لأنه انعقد بينهما مبادلة حكمية فإن الموكل لا يستفيد الملك إلا من قبل الوكيل فكان الوكيل كالبائع ولذا كان له حبس المبيع عن المشتري قبل قبض الثمن وللبائع المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع فكذا الوكيل. فإن لوزم الكفيل بالمال فله أن يلازم المكفول عنه إذا كانت الكفالة توجب الرجوع حتى يخلصه وكذا إذا حبس كان له أن يحبسه خلافا للشافعي رحمه الله في الأظهر قال لأنه لا دين له عليه إذ الدين لا ينتقل إليه إلا بالأداء ولم يؤد بعد. قلنا ملازمته وحبسه معه كما جاز أن يكون للدين جاز أن يكون لأنه الذي أدخله في ذلك فعليه خلاصه ولا فيعامله بمثل ما عامله به. قوله وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه حقه برئ الكفيل لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل بالإجماع لأن الدين عليه أي على الأصيل في الصحيح خلافا لمن ذكر أن الدين في ذمة الكفيل

فإن صالح الكفيل رب المال عن الألف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الأصيل لأنه أضاف الصلح إلى الألف الدين وهي على الأصيل فبرئ عن خمسمائة لأنه إسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة بأداء الكفيل ويرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة إن كانت الكفالة بأمره بخلاف ما إذا صالح على جنس آخر لأنه مبادلة حكمية فملكه فيرجع بجميع الألف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الأصيل لأن هذا إبراء الكفيل عن المطالبة

لكن قيل ليس هذا الخلاف أثر هذا بل القائل إن الدين في ذمة الكفيل والقائل ليس إلا في ذمة الأصيل قائل بأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل لأن ضمان الكفيل يشتغل تبعا لضمان الأصيل ويشترط قبول الأصيل أو موته قبل القبول والرد فإن ذلك يقوم مقام القبول ولو رده ارتد ودين الطالب على حاله واختلف المشايخ أن الدين هل يعود إلى الكفيل أم لا فبعضهم يعود وبعضهم لا بخلاف الكفيل فإنه إذا أبرأه صح قبل أو لم يقبل ولا يرجع على الأصيل لما ذكرنا قريبا ولو كان إبراء الأصيل أو هبته أو التصدق عليه بعد موته فعند أبي يوسف القبول والرد للورثة فإن قبلوا صح وإن ردوه ارتد وقال محمد لا يرتد بردهم كما لو أبرأه في حالة حيوته ثم مات وقد تخصص بالإبراء وإن إبراء الكفيل لم يبرأ المكفول عنه لأن عليه أي على الكفيل المطالبة دون الدين وبقاء الدين بدونها أي بدون المطالبة على تأويل الطلب جائز فلم يلزم من عدم المطالبة عدم الدين على الأصيل فلا يبرأ الأصيل بإبرائه وكذا إذا أخر عن الأصيل فهو تأخير عن كفيله ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الأصيل لأن التأخير إبراء موقت فيعتبر بالإبراء المؤبد فإن قيل الإبراء المؤبد لا يرتد برد الكفيل والموقت يرتد برده ويرد الأصيل يرتد أن كان هباء فالجواب أن الفرق بينهما في حكم لا يستلزم الفرق بينهما في كل حكم و سبب الافتراق في ذلك الحكم وهو الارتداد بالرد على ما ذكر في الذخيرة أن الإبراء المؤبد إسقاط محض في حق الكفيل ليس فيه تمليك مال لما ذكرنا أن الواجب بالكفالة مجرد المطالبة والإسقاط المحض لا يحتمل الرد لتلاشي الساقط كإسقاط الخيار وأما الإبراء الموقت فهو تأخير مطالبة وليس بإسقاط ألا ترى أن المطالبة تعود بعد الأجل والتأخير قابل للإبطال بخلاف الإسقاط المحض فإذا عرفت هذا فإنما لم يقبل الكفيل التأخير أو الأصيل فالمال حال عليهما عليه الحال وهذا بخلاف ما لو كفل بالمال أي بالدين الحال مؤجلا إلى شهر مثلا فإنه يتأجل عن الأصيل إلى شهر لأنه أي المكفول له لا حق له حال الكفالة إلا في الدين فليس إذ ذاك حق يقبل التأجيل سواه فكان الأجل الذي شرطه الكفيل داخلا فيه فبالضرورة يتأجل عن الأصيل أما ههنا وهو ما إذا كانت الكفالة ثابتة قبل التأجيل فبخلافه لأنه تقرر حكمها قبل التأجيل أنه جواز المطالبة ثم طرأ التأجيل عن الكفيل فينصرف إلى ما تقرر عليه بالكفالة وهو جواز المطالبة قوله فإن صالح الكفيل رب المال عن الألف على خمسمائة إن شرطا براءتهما جميعا عن الخمسمائة أو شرط براءة المطلوب برئا جميعا وإن شرط براءة الكفيل وحده برئ الكفيل عن خمسمائة والألف بتمامها على الأصيل فيرجع الكفيل بخمسمائة إن كان بأمره والطالب بخمسمائة بخلاف ما لو صالحه على خمسمائة على أن يهب له الباقي حيث يرجع الكفيل بالألف وإن لم يشترطا براءة واحد منهما بأن لم يزد على قوله صالحتك عن الألف على خمسمائة وهي مسألة الكتاب برئا جميعا عن خمسمائة لأنه أي الكفيل أضاف الصلح إلى الألف الدين وهو أي الدين على الأصيل فبرئ الأصيل عن خمسمائة ومن ضرورته أن يبرأ الكفيل منهما على ما ذكرنا ويرجع الكفيل على الأصيل بالخمسمائة التي أوفاها والإطلاق في هذا بخلاف ما لو صالح بجنس آخر مبادلة فيملكه أي الدين فيرجع بجميع الألف وعند الأئمة الثلاثة يرجع بالأقل من الدين ومن قيمة السلعة التي صالح بها لأنه أدى هذا القدر ولا يجعل الصلح بجنسه مبادلة لأن الخمسمائة لا تجعل عوضا عن الألف لما فيه من الربوا ولا يمكن تمليكها من الكفيل لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ولا يمكن أن يجعل واجبة في ذمة الكفيل تصحيحا للصلح مع الكفيل حتى يصير البراءة عن خمسمائة مشروطة للكفيل كما لو صالح على خلاف الجنس لأن وجوبها في ذمة الكفيل عند الحاجة إلى التمليك وفي خلاف الجنس يحتاج إلى التمليك وفي الجنس لا يحتاج لما فيه من الربوا بل هو إسقاط الخمسمائة فكانت البراءة عن خمسمائة مشروطة للأصيل وتسقط عنهما ثم يرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة إذا كان كفل بأمره ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الأصيل لأن الواجب بالكفالة المطالبة والبراءة منها براءة عن الكفالة فيبقى حال المطالب على ما كان قبل الكفالة وجعل في النهاية صور هذه المسألة ما في المبسوط لو صالحه على مائة على أن

قال ومن قال لكفيل ضامن للمال قد برئت الي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه معناه بما ضمن له بامره لان البراءة التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لا يكون الا بالايفاء فيكون هذا اقرارا بالاداء فيرجع وان قال ابرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لانه براءة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء ولو قال برئت قال محمد هو مثل الثاني لانه يحتمل البراءة بالاداء اليه والابراء فيثبت الادنى اذ لا يرجع الكفيل بالشك وقال ابو يوسف هو مثل الاول لانه اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب واليه الايفاء دون الابراء وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات ويروى انه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا لان العقوبة لا تجري فيها النيابة واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز لانه دين كسائر الديون وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان امانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن او بتسليم المستأجر الى المستأجر جاز لانه التزم فعلا واجبا

ابرائه الكفيل خاصة من الباقي رجع الكفيل على الاصيل بمائة ورجع الطالب على الاصيل بتسعمائة لان ابراء الكفيل فسخ للكفالة قوله ومن قال لكفيل ضمن له مالا بامر المكفول عنه قد برئت الي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه بجميع الدين لان لفظ الى لانتهاء الغاية والمتكلم وهو رب الدين هو المنتهى في هذا التركيب فلا بد ان يكون ثم مبتدأ وليس الا الكفيل المخاطب فافاد التركيب براءة من المال مبتدأها من الكفيل ومنتهاها صاحب الدين وهذا معنى الاقرار من رب الدين بالقبض من الكفيل كانه قال دفعت الي فلا يرجع على واحد منهما ويرجع الكفيل على الاصيل ان كان كفل بامره والحوالة كالكفالة في هذا وههنا ثلاث مسائل احدها هذه والثانية قال ابرأتك من المال ليس اقرارا بالقبض حتى كان للطالب ان ياخذ الاصيل به والثالثة برئت من المال ولم يقل الي فهذا اقرار بالقبض عند ابي يوسف كقوله برئت الي وعند محمد كقوله ابرأتك اثباتا للادنى وهو براءة الكفيل اذ في الزائد عليه شك فلا يثبت وفرق محمد بين هذا وبين ما لو كتب في الصك برئ الكفيل من الدراهم التي كفل بها فانه اقرار بالقبض عندهم جميعا كقوله برئت الي بقضية العرف فان العرف بين الناس ان الصك يكتب على الطالب بالبراءة اذا حصلت بالايفاء وان حصلت بالابراء لا يكتب الصك عليه فجعلت الكتابة اقرارا بالقبض عرفا ولا عرف عند الابراء وابو يوسف يقول هو مثل برئت الي لانه اقرار ببراءة ابتداؤها من المطلوب وهو الكفيل المخاطب وحاصله اثبات البراءة منه على الخصوص مثل قمت وقعدت والبراءة الكائنة منه خاصة هي الايفاء بخلاف البراءة بالابراء فانها لا تتحقق بفعل الكفيل بل بفعل الطالب فلا يكون ح مضافة الى الكفيل وما قاله محمد انما يتم اذا كان الاحتمالان متساويين واختلف المتاخرون فيما اذا قال المدعى عليه ابرأني المدعي من الدعوى التي يدعي علي فمنهم من قال هو اقرار بالمال كما لو قال ابرأني من هذا المال الذي ادعاه ومنهم من قال لا يكون اقرارا لان الدعوى تكون بحق وباطل ولو قال للكفيل انت في حل من المال فهو كقوله ابرأتك لان لفظة الحل تستعمل في البراءة بالابراء دون البراءة بالقبض قالوا في شرح الجامع الصغير هذا اذا كان الطالب غائبا واما اذا كان حاضرا يرجع اليه في البيان انه قبض او لم يقبض لان الاصل في الاجمال ان يرجع فيه الى المجمل في البيان والمراد بالمجمل ههنا ما يحتاج الى تامل ويحتمل المجاز فانه كان بعيد الاحتمال قوله برئت الي بمعنى لاني ابرأتك لا حقيقة المجمل يعني يرجع اليه اذا كان حاضرا لازالة الاحتمالات خصوصا ان كان العرف من ذلك اللفظ مشتركا فمنهم من يتكلم به ويقصد ما ذكرنا من القبض ومنهم من يقصد الابراء قوله لا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط اي بالشرط المتعارف مثل ان يقول ان عجلت لي البعض او دفعت البعض فقد ابرأتك من الكفالة اما غير المتعارف فلا يجوز كما لا يجوز تعليق الكفالة به فيسقط السوال القائل فيشكل بما اذا قال الكفيل بالمال على اني ان وافيت به غدا فانا برئ من المال فوافاه به برئ من المال لانه هذا شرط ملائم على انه لا ورود له لان الغرض ان فيه روايتين فهذا الفرع شاهد احدهما ويروى انه يجوز وهو اوجه لان المبيع بمعنى التمليك وذلك يتحقق بالنسبة الى المطلوب اما الكفيل فالمتحقق عليه المطالبة فكان ابراؤه اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد بالرد من الكفيل بخلاف الاصيل لا يصح تعليقه لان فيه معنى تمليك المال وقوله وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كنفس الحد ونفس القصاص اذ لا يقبل الكفيل به عن المكفول عنه ولا الضرب وتقدم قوله وان تكفل عن البائع بالمبيع لم يصح عندنا خلافا للشافعي اعلم ان الاعيان اما مضمونة على الاصيل او غير مضمونة فغير المضمونة كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية عندنا والمستأجر في يد المستاجر والمضمونة اما مضمونة بغيرها كالمبيع قبل القبض فانه مضمون بالثمن وكالرهن فانه مضمون بالدين فالثلاثة الاول لا تصح الكفالة بها اعلانا على انها غير واجبة التسليم فلا يجب على الكفيل شيء وقالوا في الوديعة غير واجب على المودع بل الواجب عليه التخلية عند طلب المودع فلا يجب على الكفيل تسليمها بخلاف العارية فان تسليمها واجب فصح التكفيل بتسليمها وكذا الباقي من القسمين يصح التسليم ولا تصح الكفالة

ومن استأجر دابة للحمل عليها فان كانت بعينها لا تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه وان كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق وكذا من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا

بها على معنى انه بعينه تجب على الكفيل فان هلك فعليه بدله لان هذا القدر لا يجب على الاصيل بل لو هلك المبيع انما يسقط الثمن او الرهن سقط من الدين بقدره والباقي ظاهر فلا يجب على الكفيل وعلى معنى الكفالة بتسليم العين يصح كما ذكرنا فمتى هلك لا شيء على الكفيل وفائدته الزام احضار العين وتسليمها ولو عجز بان مات العبد المبيع او المستاجر او الرهن انفسخت الكفالة على وزان الكفالة بالنفس سواء وما ذكر شمس الائمة السرخسي ان الكفالة بتسليم العارية باطلة باطل فقد نص في الجامع الصغير ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة وكذا في المبسوط ونص القدوري انها بتسليم المبيع جائزة ونص في التحفة على جميع ما اوردنا وان الكفالة بالتسليم صحيحة والوجه عندي ان لا فرق بين الثلاثة الاول من الوديعة ومال المضاربة والشركة وبين العارية وما معها من الامانات اذ لا شك في وجوب الرد عند الطلب فان قال الواجب التخلية بينه وبينها لا ردها اليه فنقول فليكن مثل هذا الواجب على الكفيل وهو ان يخليها ويخلي بينه وبينها بعد احضاره اليها ونحن نعني بوجوب الرد ما هو اعم من هذا ومن حمل المرد واليه قال في الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من الاخذ صحيحة واما المضمونة بنفسها كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء فتصح الكفالة بها وتجب على الكفيل ما يجب على الاصيل فهو دفع العين وان عجز وجبت قيمته او مثله على الكفيل وفي المبسوط ادعى عبدا في يد رجل فلم يقدمه الى القاضي واخذ منه كفيلا بنفسه وبالعبد فمات العبد في يد المطلوب واقام المدعي البينة ان العبد عبده وقضى القاضي بقيمته على المطلوب ان شاء وعلى الكفيل لان بالبينة ظهر ان العبد كان مغصوبا والكفالة بالعين المغصوبة توجب القيمة والقول قول الكفيل في قيمته لانكاره الزيادة كالاصيل اعني الغاصب فان اقر الغاصب باكثر لزمه الفضل ولا يصدق على الكفيل وفي المبسوط كفل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك على المرتهن ليس على الكفيل شيء لان عين الرهن والزيادة على مقدار الدين من الرهن امانة في يد المرتهن ولا يضمن الكفيل شيئا من ذلك بالكفالة ولو ضمن لصاحب الدين ما نقص الرهن من دينه وكانت قيمة الرهن تسعمائة والدين الفا ضمن الكفيل مائة لانه التزم بالكفالة دينا مضمونا في ذمة الاصيل ولو استعار الراهن الرهن من المرتهن على ان اعطاه كفيلا به فهلك عند الراهن لم يلزم الكفيل شيء لانه لا ضمان للمرتهن على الاصيل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل ايضا ولو كان الراهن اخذه بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل واخذه به لان الراهن ضامن بجنايته الا ههنا الا ترى انه لو هلك في يده ضمن قيمته للمرتهن فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب ولفظ المستاجر في كلام المصنف بالفتح في الموضعين وقد سنا انه متى هلك وكل من المبيع والرهن والمستاجر بعد الكفالة بتسليم لا شيء على الكفيل ففي المبيع والرهن تقدم ما يفيد وجهه وفي المستاجر ان الاجارة تنفسخ به فخرج الاصيل من ان يكون مطالبا بتسليم العين وانما وجب رد الاجرة والكفيل ما كفل الاجرة قوله ومن استاجر دابة للحمل فان كانت بعينها اي اجره ان يحمله على هذه الدابة لا تصح الكفالة لانه عاجز عن الفعل الواجب على الاصيل وهو حمله على هذه الدابة لانه لا ملك له في هذه الدابة ليحمله عليها وان كانت بغير عينها جازت لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه او على دابة يستاجرها والحمل هو المستحق وهو مقدور الكفيل فصحت كفالته به وقرانه من استاجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا من انه عاجز عنه اذ لا يملك العبد اما لو كفل بنفس العبد المستاجر فهو صحيح على ما عرف ولو هلك لا شيء على الكفيل وقال شارح في الفرق بين الحمل على المعين وغير المعين بان الدابة اذا كانت بعينها فالواجب على المؤجر تسليم الدابة لا الحمل فالكفالة بالحمل كفالة بما لم يجب على الاصيل فلا تصح بخلاف ما اذا كانت غير معينة لان الواجب ثمة الحمل ويمكن استيفاؤه من الكفيل فصحت الكفالة انتهى واعترض بعض الاصحاب بان الواجب ان كان ليس الا تسليم الدابة المعينة بسبب ان تحمله الذي هو فعله غير معقود عليه وانما المعقود عليه حمل الدابة فكذلك اجارة حمله على دابة الى مكان كذا ليس عليه سوى تسليم اي دابة كانت اذ لا يجب تحميله الذي هو فعله لانه لم يستاجر الرجل نفسه فلا فرق فينبغي ان لا يجوز الكفالة فيه ايضا لان الحمل ايضا غير واجب على الاصيل بعين ما في التي قبلها والحاصل انه ان كان الحمل على الدابة تسليمها

قال ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز اذا بلغه فاجاز ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا له انه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي في النكاح ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس **قال** الا في مسئلة واحدة وهي ان يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز لان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما تصح اذا كان له مال وقيل انه تصح ويقوم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع للطالب كما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشائخ فيه

فينبغي ان يصح الكفالة فيهما لان الكفالة بتسليم المستاجر صحيحة وهو لم يمنع منه كون المستاجر ملكا لغير الكفيل وان كان التحميل فينبغي ان لا تصح فيهما لان التحميل غير واجب على الاصيل والحق ان الواجب في الحمل على الدابة معينة اوغير معينة ليس مجرد تسليمها بل المجموع من تسليمها والاذن في تحميلها وهو ما ذكر في النهاية مع التركيب وما ذكرنا من الحمل عليها ففي المعينة لا يقدر على الاذن في تحميلها اذ ليست له ولاية عليها ما يصح اذنه الذي هو معنى الحمل وفي غير المعينة يمكنه ذلك عند تسليم دابة نفسه او دابة استاجرها **قوله** ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف يجوز اذا بلغه الخبر فاجاز فلم يشترط في بعض النسخ اي نسخ كفالة الاصل عن ابي يوسف الاجازة بل انه نافذ ان كان المكفول له غائبا وهو الاظهر عنه والحاصل ان عنه روايتين والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا وجه رواية النفاذ لانه التزام فيستبد به الملتزم ولا يتعدى له ضرر الى المكفول له لان حكمه لا يوجب عليه شيئا لانه مختار في المطالبة لا ملزوم فان رأى مطالبته فعل والا لا والتوفيق احال الامر وجه التوقف على ما ذكره في الفضولي في النكاح وهو ان شطر العقد عند ابي يوسف يتوقف حتى اذا عقد فضولي للامرأة على آخر توقف على الاجازة وكما اذا كان عقد تاما بان خاطب عنه فضولي آخر وعندهما لا يتوقف الا ان خاطب فضولي آخر فلا يتوقف عندهما الا العقد التام ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود من الموجب وحده وشطر العقد فلا يتوقف على وراء المجلس وهذا يقتضي انه لو تم عقد بقبول فضولي آخر توقف وقد صرح بذلك عنهما قالوا اذا قبل عنه قابل توقف بالاجماع ح فقوله في وضع المسئلة لا تصح الا بقبول المكفول له في المجلس غير صحيح بل الشرط ان يقبل في المجلس ان كان حاضرا فينعقد او يقبل عنه فضولي اذا كان غائبا فيتوقف الى اجازته او رده **قوله** الا في مسئلة واحدة استثناء من قوله لا تصح الا بقبول المكفول له في المجلس فان في هذه المسئلة صحت من غير قبوله في المجلس ولا قبول فضولي عنه وهو ان يقول المريض المديون لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل عنه به مع غيبة الغرماء فانه يصح استحسانا فللغرماء مطالبته وذكر للاستحسان وجهين احدهما ان قوله تكفل عني وصية اي فيه معنى الوصية اذ لو كان حقيقة الوصية لم يفترق الحال بين حال الصحة والمرض في ذلك وقد ذكر في المبسوط ان ذلك لا يصح منه في حال الصحة واذا كان معنى الوصية فكانه انما قال لهم اقضوا ديوني فقالوا نعم او قالوا تكفلنا بها فلهذا قال المشائخ انما يتم ذلك اذا كان له مال فان لم يكن له مال لا يؤخذ الورثة بديونه ولو كان حقيقة الكفالة لاخذوا بها حيث تكفلوا ثانيهما ما ذكر في المبسوط والايضاح ان حق الغرماء يتعلق بتركته في مرض موته لانه يضعفها بمرض الموت ولهذا امتنع تصرفه في ماله كيف شاء واختار فنزل نائبا عن الغرماء المكفول لهم عاملا لهم لما في ذلك من المصلحة له بتفريغ ذمته وفيه نفع للطالب المكفول له كما حضر بنفسه فان قيل غاية الامر ان يكون كالطالب حضر بنفسه فلا بد من قبول فان الصادر منه قوله تكفل ولو قال تكفل لي بمالي على فلان فقال كفلت لا يتم الا ان يقول بعد ذلك قبلت او نحوه كالبيع اذا قال بعني بكذا فقال بعت لا ينعقد حتى يقول الآمر قبلت فاجاب المصنف بقوله انما لا يشترط القبول بعد قول الوارث تكفلت لانه اي لان قوله تكفل لا يراد به المساومة وانما يصح في البيع لذلك لانه يراد به المساومة وههنا لا يراد به الا التحقيق بدلالة هذه الحالة فان حالة الموت ظاهرة في الدلالة على قصده الى التحقيق الكفالة لتخليص نفسه لا على المساومة بها فصار الامر ههنا كالامر بالنكاح فيما لو قال زوجني فلانة فقال زوجتكها انعقد وان لم يقل قبلت حيث كان النكاح لا تجري فيه المساومة ولو قال المريض ذلك لاجنبي فقد اختلف المشائخ منهم من قال لا يجوز لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه بلا التزام فكان المريض في حق الاجنبي والصحيح سواء ولو قال ذلك لاجنبي او لوارثه لا يصح الا ان يقبل الطالب ومنهم من قال يصح من الاجنبي وينزل المريض منزلة الطالب لحاجته لتفضيه الحال عليه كما ذكرنا في الوارث وهو اوجه وما في المبسوط من قوله وهذا هو المريض صحيح ان لم يبين الدين

قال وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند أبي حنيفة رح وقالا تصح لأنه كفل بدين ثابت لأنه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق أحكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبقى إذا كان به كفيل أو مال وله أنه كفل بدين ساقط لأن الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لأنه يؤول إليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين وإذا كان به كفيل أو له مال فخلفه أو الإفضاء إلى الأداء باق **قال** ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه الألف قبل أن يعطيه صاحب المال فليس له أن يرجع فيها لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكاته ودفعها إلى الساعي ولأنه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما إذا كان الدافع على وجه الرسالة لأنه تمحض أمانة في يده وإن ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لأنه ملكه حين قبضه أما إذا قضى الدين فظاهر وكذا إذا قضاه المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لأنه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه إلا أنه أخرت المطالبة إلى وقت الأداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه يصح فكذا إذا قبضه يملكه إلا أن فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع

ولا صاحب الدين فإنه إنما يصح بطريق الوصية لورثته بأن يقضوه وبه يندفع الجهالة لا تمنع صحة الوصية مبني على غير الوجه الأوجه وهو أنها كفالة ولا حاجة إلى ذلك بل هي كفالة وجهالة المكفول به وهو الدين لا يضر في الكفالة وقد فرض أن المريض قائم مقام المكفول له وهو معين فلم يكن المكفول له مجهولا حكما بهذا الاعتبار

قوله وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا بل مات مفلسا فتكفل رجل للغرماء بما عليه لم يصح عند أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف ومحمد والأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم يصح لأنه كفل بدين ثابت لعموم قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم ولما روي أنه صلى الله عليه وسلم أتي بجنازة أنصاري فقال هل على صاحبكم دين قالوا نعم درهمان أو ديناران فقال عليه السلام صلوا على صاحبكم فقام أبو قتادة فقال هما علي فصلى صلى الله عليه وسلم عليه فلو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعد الكفالة ولأنه كفل بدين ثابت لأنه أي الدين وجب في حياته بحق الطالب وهو باق ولم يوجد المسقط وهو الأداء والإبراء أو انفساخ السبب ولم يتحقق بالموت شيء من ذلك ويدل على بقائه كونه يطالب به في الآخرة وأنه لو تبرع به إنسان جاز أخذ الطالب منه ولو سقط بالموت ما حل له أخذه وأنه لو كان به كفيل قبل موته لبقيت الكفالة ولو بطل الدين بطلت الكفالة لسقوطه عن الكفيل الأصيل ولأبي حنيفة رح أنه كفل بدين ساقط في حكم الدنيا لا مطلقا والكفالة من أحكام الدنيا لأنها توثق ليأخذه فيها لا في الآخرة فلا يتصور لها وجود بلا دين لذلك ولأن الدين فعل حقيقة ولذا يوصف بالوجوب والموصوف بالأحكام الأفعال وقد عجز عنه بنفسه وبخلفه وهو الكفيل الكائن قبل سقوطه فسقط في أحكام الدنيا ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين ولو كان بقيد الإضافة أي التبرع بالدين وهو الحق وإنما يعتمد قيامه بالنسبة إلى من عليه دون من له والكفالة نسبة بين كل من المكفول له والأصيل لأنه التزام ما على الأصيل للمكفول له ولو كان به كفيل لم يعجز بخلفه فلم يسقط الدين بموته فصحت بخلاف الكفالة بعد موته فإنها كفالة بعد السقوط ولو كان له مال فالإفضاء إلى الأداء باق فلم يسقط الدين فصحت الكفالة عن الميت الملي وأما حديث أبي قتادة فليس فيه صريح إنشاء الكفالة بل يحتمل قوله هما علي كلا من إنشائهما والإخبار بهما على حد سواء ولا عموم لواقعة الحال فلا يستدل به في خصوص محل النزاع فيحتمل الوعد بهما وإن كان مرجوحا وامتناعه صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه ليظهر طريق إيفائهما لا بقيد طريق الكفالة فلما ظهر بوعده بها أو بالإقرار بالكفالة بها حصل المقصود فصلى عليه ونوقض إثبات سقوط الدين بمسائل أحدها لو مات المشتري مفلسا قبل أداء الثمن لا يبطل البيع قبل هلاك الثمن ولو سقط الثمن بطل ولو اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض يبطل البيع بهلاك الثمن في نفسه فعلم أن سقوط الدين بالنسبة إلى الدنيا لا تبطل الدين ثانيها أنه لو كان بالدين كفيل يبقى على حاله إذا مات مفلسا ولو سقط في أحكام الدنيا لم تبق الكفالة ثالثها لو كان بالدين رهن يبقى الدين عليه بعد موته مفلسا وبقاء الرهن إنما يكون ببقاء الدين ولأن تعذر المطالبة بمعنى لا يوجب بطلان الدين في حال الحيوة كالعبد المحجور إذا أقر بدين فكفل عنه كفيل صح وإن كان لا يطالب به في حال رقه فكذا في حال الموت أجيب عن الأول بأن الدين لا يبطل بموته في حق المستحق حتى جاز أن يأخذه من المتبرع والكفالة تعتمد قيام الدين في حق الأصيل كما ذكرنا وقد سقط بهذا الاعتبار لضرورة بطلان المحل فيقدر بقدر الضرورة وعن الثاني بأن كساد الفلوس يبطل الملك في حق المشتري فلذلك انتقض العقد وهنا الدين باق في حق صاحب الدين فلا يبطل العقد وعن الثالث فلأن ذمة الكفيل السابق كفالته خلفت عن ذمته فلا تبطل ذمته بالموت ومثله الرهن وأما العبد فله ذمة صالحة فتصلح الكفالة وتتأخر المطالبة بحق المولى كما أن الدين ثابت في ذمة المفلس الحي وإن كان لا يطالب به **قوله** ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه أي قضى الرجل المكفول عنه الكفيل الألف التي كفل بها قبل أن يعطيه أي قبل أن يعطي الكفيل الألف صاحب المال وذكر ضمير يعطيه على تأويل المال والمكفول به اللازم من قوله كفل عن رجل وصاحب المال مفعول أول ليعطي والمفعول الثاني هو ضمير المال المقدم في يعطيه فليس له أي ليس للرجل المكفول عنه أن يرجع فيها وهو وجه للشافعي وفي وجه آخر له أن يرجع وهو قول مالك وأحمد

ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا انه ملكه قال واحب الي ان يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم وهذا عند ابي حنيفة في رواية الجامع الصغير وقال ابو يوسف و محمد هو له ولا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق به لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله انه تمكن الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه او لانه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية لان الخبث لحقه وهذا اصح لكنه استحباب لا جبر لان الحق له

بما بينا انه امانة عنده ما لم يقض الاصيل ونحن نبين انه يملكه وان الامانة ما اذا كان دفعه الى الكفيل على وجه الرسالة الى المطلوب ولو لم يملكه لتصدق تعلق به حقه وهذا هو الوجه الاول من الوجهين الذين ذكرهما المص لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا تجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال الحاقا بالزكوة المعجلة للساعي تعلق به حق القابض على احتمال ان يتم الحول والنصاب كامل فلم يجز استرداده شرعا ما بقي هذا الاحتمال والوجه الثاني انه اي القابض ملكه بالقبض على ما نذكر يريد ما ذكره بعد سطر في تعليل طيب الربح للكفيل لو عمل فيه فربح وهو قوله لانه ملكه حين قبضه اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا لو قضى المطلوب بنفسه الدين ولم يقض الكفيل وثبت للمطلوب الاسترداد بما وقع للكفيل وانما حكمنا بثبوت ملكه اذا قضى الاصيل بنفسه لانه اي الكفيل وجب له بمجرد الكفالة على الاصيل مثل ما وجب للطالب على الكفيل وهو المطالبة الا اي لكن اخرت مطالبته الكفيل الى ادائه فنزل ما للكفيل على الاصيل بمنزلة الدين المؤجل ولو عجل المديون الدين المؤجل ملكه الدائن بقبضه وكذا هنا اذا ادى والدليل ان للكفيل حق المطالبة متاخرا انه لو ابرأ الكفيل الاصيل قبل ادائه الكفيل يصح حتى لا يرجع على الاصيل بعد ذلك اذا ادى ولو اخذ الكفيل من الاصيل رهنا به قبل ادائه فكذا اذا قبضه يملكه يعني اذا كان بحيث يصح الابراء منه كان بحيث يملكه اذا قبضه واذا ملكه كان الربح له الا اي لكن استثناء منقطع فيه نوع خبث على قول ابي حنيفة نبينه عن قريب فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وهو الالف التي قضاه اياها لان الدراهم لا تتعين وقد قررناه في البيوع في آخر فصل في احكامه قوله ولو كانت الكفالة بكر حنطة فدفعه الاصيل الى الكفيل والباقي بحاله والربح له اي للكفيل لما بينا انه ملكه اي ملك الكر وانما بينه في ضمن بيان انه ملك المقبوض قال واحب الي ان يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه وهذا عند ابي حنيفة في رواية الجامع الصغير ... قال لابي حنيفة فقوله وهذا عند ابي حنيفة في رواية الجامع الصغير انما ذكره لتمهيد لنصب الخلاف بذكر قولهما حيث لم يصرح بقولهما على ما قال وقالا هو له لا يرده عليه وهو رواية اخرى عن ابي حنيفة وهي رواية كتاب البيوع من الاصل وعنه اي عن ابي حنيفة رواية ثالثة انه يتصدق به وهي رواية كتاب الكفالة منه لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه في ثبوت ملكه من انه وجب له على الاصيل الخ فيسلم له ولابي حنيفة انه تمكن الخبث مع الملك اما لقصور ملكه بسبب ان الاصيل بسبيل من استرداده بان يقضي الطالب فينتقض ملك الكفيل فيما قبض او لانه انما رضي به اي بملك الكفالة فيه على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به والوجه ان يعطف بالواو فانهما وجهان لا ان الواحد منهما بل كل منهما ثابت وهو قصور الملك بسبب ثبوت تلك الحيثية وعدم رضى الاصيل بملك الكفيل الا على ذلك التقدير وهو منتف وهذا الخبث يعمل فيما يتعين وهو الكر لا فيما لا يتعين كالالف مثلا فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية اخرى وهي الاصح لان الخبث لحق الاصيل لا لحق الشرع فيرده اليه ليصل الى حقه لان الحق له وهذا القيد انه يطيب له فقيرا كان او غنيا وقيد بعضهم ... والاوجه طيبه له وان كان غنيا لما ذكرنا من ان الحق له الا انه استحباب لا اجبار لان الملك للكفيل واعلم انه تكرر في هذه المسئلة مقابلة الاستحباب بالحكم فقال اولا احب الي ان يرده ولا يجب في الحكم اي في القضاء وثانيا لانه استحباب لا اجبار اي لا يجبر الحاكم على ذلك فاذا كان المراد بالاستحباب ما يقابل جبر القاضي يكون المعنى لا يجبر القاضي ولكن يفعله هو ولا يلزم من عدم جبر القاضي عدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى اذ قد عرف ان المراد بالاستحباب عدم جبر القاضي عليه فجاز ان يكون واجبا فيما بينه وبين الله تعالى وهو في القضاء غير مجبور عليه والعبارة المنقولة عن فخر الاسلام في وجه قول ابي حنيفة رح وهو الاستحسان قال ووجه الاستحسان ان ما قبضه الكفيل مملوك له ملكا فاسدا من وجه فان للاصيل استرداده حال قيام الكفالة لقضائه بنفسه واسترداد المقبوض حال قيام العقد حكم ملك فاسد كما في البيع الفاسد وانما قلنا حال قيام الكفالة لان الكفالة لا تبطل باداء الاصيل ولكن تنتهي كما لو ادى الكفيل بنفسه فكان المقبوض

قال ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فأمره الأصيل أن يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه ومعناه الأمر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل عليه خمسة سمي به لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين وهو مكروه لما فيه من الإعراض عن مبرة الإقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا إلى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لأن الحرير غير متعين وكذا الثمن غير معلوم لجهالة ما زاد على الدين وكيفما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح أي الزيادة عليه لأنه العاقد

ملكا فاسدا من وجه صحيحا من وجه ولو كان فاسدا من كل وجه بأن اشترى مكيلا أو موزونا ملكا فاسدا وربح يجب التصدق بالربح أو الرد على المالك لأن الخبث كان لحقه فيزول بالرد عليه كالغاصب إذا آجر المغصوب ثم رده فإن الأجر له يتصدق به أو يرده على المغصوب منه فكذا في الملك الفاسد من كل وجه ولو كان الملك صحيحا من كل وجه لا يجب التصدق بالربح ولا رده فإذا فسد من وجه وصح من وجه يجب التصدق أو الرد على الأصيل عملا بالشبهين بقدر الإمكان ظاهر في وجوب رده فيما بينه وبين الله تعالى أو التصدق به غير أنه يرجح الرد هنا لكنه إذا أعطاه على وجه القضاء أي إعطاء المكفول عنه الكفيل على وجه قضاء دينه فلو أعطاه على وجه الرسالة إلى الطالب فتصرف وربح صار محمد مع أبي حنيفة في أنه لا يطيب له الربح وطاب له عند أبي يوسف لما عرف في من غصب من إنسان وربح فيه يتصدق بالفضل في قولهما لأنه استفاده من أصل خبيث وقال أبو يوسف لا يتصدق مستدلا بحديث الخراج بالضمان

قوله ومن كفل عن رجل بألف عن أمره فأمره أي فأمر الكفيل الأصيل أن يتعين عليه حريرا أي أن يشتري له حريرا بطريق العينة وهو أن يشتري له حريرا بثمن هو أكثر من قيمته ليبيعه بأقل من ذلك الثمن لغير البائع ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بالأقل الذي اشتراه به ويدفع ذلك الأقل إلى بائعه فيدفع بائعه إلى المشتري المديون فيسلم الثوب للبائع كما كان ويستفيد الزيادة على ذلك الأقل وإنما وسطنا الثاني تحرزا عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن أما تفسيره بأن يستقرض فيأبى المقرض إلا أن يبيعه عينا تساوي عشرة مثلا من السوق باثني عشر فيفعل فيربح البائع درهمين رغبة عن القرض المندوب إلى البخل بتحصيل غرضه من الربا بطريق المواضعة في البيع فلا يصح هنا إذ ليس المراد من قوله يتعين علي حريرا أن يذهب فيستقرض فإن لم يقرضه فيعينه فإن لم يعرف المستدل أن يقرضك فاشتر منه الحرير بأكثر من قيمته بل المقصود أن يذهب فاشتري على هذا الوجه فإذا فعل الكفيل ذلك كان مشتريا لنفسه والملك له في الحرير والزيادة يخسرها عليه لأن هذه العبارة جامعة لما ضمان التي لما يخسر المشتري نظرا إلى قوله علي كأنه أمره بالشراء لنفسه فما خسر فعلي فضمان الخسران باطل لأن الضمان لا يكون إلا لمضمون والخسران غير مضمون على أحد لو قال لبائع في السوق على أن كل خسران يلحقك فعلي أو قال للمشتري إن ابق عبدك هذا فعلي لم يصح وقيل هو توكيل فاسد أي معنى على متعرف على الثمن فإنه إذا قال الثمن على يكون البيع له فالمعنى من قوله لي فهو توكيل لك فاسد لأنه غير معين مقداره ولا ثمنه فلا تصح الوكالة كما لو قال اشتر لي حنطة ولم يبين مقدارها ولا ثمنها ولو فرضنا أن الثمن معلوم بينهما وهو قدر ما يقع به الإيفاء لكان الحاصل اشتر لي حريرا يكون ثمنه الذي تبيعه به في السوق قدر الدين الذي علينا وهو لا يعين قدر ثمن الحرير الموكل بشرائه بل ما يباع به بعد شرائه لأن الزائد على القدر الذي يقع به الإيفاء غير معلوم وكيفما كان توكيلا فاسدا أو ضمانا باطلا لا يكون الشراء للمشتري وهو الكفيل والربح أي الزيادة التي يخسرها عليه لأنه العاقد ومن صور العينة أن يقرضه مثلا خمسة عشر ثم يبيع ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر يأخذ الخمسة عشر القرض التي دفعها منه فلم تخرج منه إلا العشرة وثبتت له خمسة عشر ومنها أن يبيع متاعه بألفين من المستقرض إلى أجل ثم يبعث متوسطا يشتريه لنفسه بألف حالة ويقبضه ثم يبيعه من البائع الأول بألف ثم يحيل المتوسط بائعه على البائع الأول بالثمن الذي عليه وهو ألف حالة فيدفعها إلى المستقرض ويأخذ منه ألفين عند الحلول قالوا وهذا البيع مكروه لقوله صلى الله عليه وسلم إذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم والمراد باتباع أذناب البقر الحرث للزراعة لأنهم حينئذ يتركون الجهاد وتألف النفس الجبن وقال أبو يوسف لا يكره هذا البيع لأنه فعله كثير من الصحابة وحمدوا ذلك ولم يعدوه من الربا حتى لو باع كاغذة بألف يجوز ولا يكره وقال محمد رحمه الله هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم أي اشتغلتم بالحرث عن الجهاد وفي رواية سلط عليكم شراركم فيدعو خياركم فلا يستجاب لكم وقيل إياكم والعينة ثم وهو البياعات الكائنة الآن أشد من بيع العينة حتى قال مشايخ بلخ منهم محمد بن سلمة ببلخ للتجار إن العينة التي جاءت

قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل بينته لان المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء او مال يقضى به وهذا ماض اريد به المستقبل كقوله اطال الله بقاءك والدعوى مطلقة عن ذلك فلا تصح ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره فانه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير امره يقضى على الكفيل خاصة وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعوى احدهما لا يقضى له بالآخر واذا قضى بها بالامر ثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امره لا تمس جانبه لانه تعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى على الآمر وقال زفر لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل ما في زعمه

في الحديث شيء من هذا ما لم فهو صحيح فكثير من البياعات كالزيت والعسل والشيرج وغير ذلك استقر الحال فيها على وزنها مظروفة ثم اسقاط مقدار معين على الظرف وبه يصير البيع فاسدا ولا شك ان البيع الفاسد بحكم الغصب المحرم فاين هو من بيع العينة الصحيح المختلف في كراهته ثم الذي في قلبي ان ما يخرج الدافع ان فعلت صورة يعود فيها اليه هو او بعضه كعود الثوب او الحرير في الصورة الاولى وكعود العشرة في صورة اقراض الخمسة عشر فمكروه والا فلا كراهة الا خلاف الاولى على بعض الاحتمالات كان يحتاج المديون فيأبى المسؤول ان يقرض بل ان يبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر الى اجل فيشتريه المديون فيبيعه في السوق بعشرة حالة ولا بأس في هذا فان الاجل قابله قسط من الثمن والقرض غير واجب عليه دائما بل هو مندوب فان تركه بمجرد رغبة عنه الى زيادة الدنيا فمكروه او لعارض يعذر به فلا وانما يعرف ذلك في خصوصيات المواد وما لم يرجع اليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع العينة لانه من العين المسترجعة لا العين مطلقا والا فكل بيع بيع العينة **قوله** ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فاقام رجل بينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لا يقبل القاضي البينة ولا يقضي بها لانه قضى على غائب لم ينتصب عنه خصم اذ الكفيل في هذه الصورة لا يكون خصما عنه لانه انما كفل عنه بمال يقضى بعد الكفالة لانه وان كان ماضيا فالمراد به المستقبل كقولهم اطال الله بقاءك وهذا لانه جعل الذوب شرطا والشرط لا بد من كونه مستقبلا على خطر الوجود فما لم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلا والدعوى مطلق عن ذلك والبينة لم تشهد بقضاء مال وجب بعد الكفالة فلم تقم على من اتصف بكونه كفيلا عن الغائب بل على اجنبي اذ لا ينتصب خصما وهذا في لفظ القضاء ظاهر وكذا في الاخرى وهي لفظ ذاب لان معنى ذاب تقرر ووجب وهو بالقضاء بعد الكفالة حتى لو ادعى اني قدمت الغائب الى قاضي كذا فقامت عليه بينة بكذا بعد الكفالة فقضى لي عليه بذلك واقام البينة على ذلك صار كفيلا وصحت الدعوى وقضى على الكفيل بالمال ويصير هو خصما عن الغائب سواء كانت الكفالة بامره او بغير امره الا انه اذا كان بغير امره يكون القضاء على الكفيل خاصة وقدمنا من مسائل الذوب ونحوه عند مسئلة تعليق الكفالة بالشرط ولو ضمن ثمن ما باعه او وديعة او اقرضه فغاب المشتري فبرهن الطالب على الكفيل انه كفل به وقد دفعه اليه او اقرضه بعده وجحد الكفيل ذلك قضى على الكفيل والغائب بلا خلاف لان الضمان مقيد بصفة ولا يمكن القضاء به الا بعد القضاء على الغائب فينتصب الكفيل خصما عنه فيقع القضاء عليهما **قوله** ومن اقام البينة صورتها في الجامع وقال يعقوب ومحمد رح اذا كفل عن رجل بمال مؤجل بامر المكفول عنه فغاب المكفول عنه فجاء الطالب بالكفيل فاقام عليه بينة ان له على فلان كذا وان هذا الكفيل لي بامر فلان عن فلان فاني اقضي بشهادتهم بالمال على هذا وعلى المكفول عنه الغائب فان كانت الكفالة بغير امر الغائب قضيت بالمال على الكفيل ولم يكن الكفيل خصما عن الغائب انتهى يعني فلا يقع القضاء على الاصيل وانما خص قولهما بالذكر لانه لم يحفظه عن ابي حنيفة نصا لا ان في المسئلة اختلافا وانما قبلت هذه البينة ولم تقبل فيما قبلها لان المكفول به هنا مال مطلق ودعوى المدعي مطلقة ايضا فصحت فقبلت البينة لانها بناء على صحة الدعوى بخلاف ما قبلها لان المكفول به هناك مال مقيد بكون وجوبه بعد الكفالة وان كان يفيد الخصوص كمية ولم يطابقها دعوى المدعي ولا البينة وانما يختلف القضاء بالامر وعدمه حتى يقع القضاء عليهما في الامر فيرجع الكفيل ولو حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة عليه بالمال لانه قد قضى به عليه وعلى الكفيل وعدمه اذا لم يكن امر فلا يرجع لانهما اي الكفالة بالامر وبغير الامر متغايران لان الكفالة بالامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير الامر تبرع ابتداء وانتهاء فيدعوا احدهما وهو مجرد التبرع ابتداء وانتهاء لا يقضى له بالآخر وهو المعاوضة ليثبت له الرجوع ويكون الغائب مقضيا عليه واذا قضى بها اي بالكفالة بالامر ثبت امره اي امر المكفول عنه وامره يتضمن اقرار الاصيل بالمال اذ لا يامر غيره بقضاء ما عليه الا وهو معترف بان عليه المقتضى له دينا فيصير مقضيا عليه بخلاف

قال ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع **قال** ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي اقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع وهو يملكه او بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين

الكفالة بغير امره فيما نهالا تمس جانبه اي جانب الاصيل لان صحة الكفالة بلا امر المكفول له انما يعتمد قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى الى الاصيل اذ زعمه لا يلزم غيره ثم في الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى على الآمر حيث ثبت الامر وقال زفر رح لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره وهو الاصيل ونحن نقول قد صار الكفيل في انكار الدين على الاصيل مكذبا شرعا بقيام البينة بخلافه فيبطل زعمه فيثبت حكم الكفالة بالامر وهذا كمن اشترى عبدا او اقر بانه ملك البائع ثم استحق بالبينة فانه يرجع على البائع بثمنه وان كان معترفا بان البائع ظلم واستشكل عليه قول محمد فيمن اشترى عبدا وباعه فرد عليه بالبينة بعد انكاره العيب فعند محمد لا يرده على بائعه خلافا لابي يوسف فلم يبطل زعمه بالقضاء بالبينة اجيب بانه انما لا يرده لان قوله لا عيب فيه نفي للعيب في الحال والمآل والقاضي انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس شرطا للرد على الثاني وفي الجامع الكبير جعل المسألة على اربعة اوجه فقال اما ان تكون الكفالة مطلقة نحو ان يقول كفلت بما لك على فلان او مقيدة نحو ان يقول كفلت لك عن فلان بالف درهم وكل وجه على وجهين اما ان تكون الكفالة بامر المكفول عنه او بغير امره فان كانت مطلقة فالقضاء على الكفيل قضاء على الاصيل سواء كانت بامره او بغير امره لان الطالب لا يتوصل الى اثبات حقه على الكفيل الا بعد اثباته على الاصيل لما ذكرنا ان القول قول الكفيل اذ ليس للطالب على الاصيل شيء واذا كان كذلك صار الكفيل خصما عنه وان كان غائبا فالمذهب عندنا ان القضاء على الغائب لا يجوز الا اذا ادعى على الحاضر حقا لا يتوصل اليه الا باثباته على الغائب قال مشائخنا وهذا طريق من اراد اثبات الدين على الغائب من غير ان يكون بين الكفيل والغائب اتصال وكذا اذا خاف الطالب موت الشاهد يتواضع مع رجل ويدعي عليه مثل هذه الكفالة فيقر الرجل بالكفالة وينكر الدين فيقيم المدعي البينة على الدين فيقضي به على الكفيل والاصيل ثم يبرئ الكفيل وسائل القضاء على الغائب كذا الحوالة على هذه الوجوه وكذا كل من ادعى حقا وان كانت مقيدة فان كانت بامر المكفول عنه كان القضاء على الكفيل قضاء على الاصيل وان كان بغير امره لا يكون القضاء على الكفيل قضاء على الاصيل ثم في فصل المطلقة والمقيدة للكفيل الرجوع على الاصيل ان كانت بامره وليس له الرجوع ان كانت بغير امره لانه لا يثبت على المدعى عليه الا بالقضاء على الغائب يكون الحاضر خصما عن الغائب كمن قذف رجلا فادعى المقذوف الحد فقال القاذف قذفته وهو عبد فاقام المقذوف عليه بينة انه كان عبدا لفلان وانه اعتقه قضي بعتقه على فلان لانه ادعى حقا وهو الحد لا يتوصل اليه الا باثبات العتق فصار القاذف خصما عن فلان سيد العبد الغائب ويثبت القضاء عليه وكذا عبد مأذون عليه دين فقال رجل لصاحب الدين انا ضامن لدينك ان اعتقه فاعتقه ثم اقام صاحب الدين بينة ان مولاه اعتقه بعد كفالة الكفيل وان كان فيه قضاء على الغائب وقضاء الغائب لا يجوز وهذا كله استحسان استحسنه علماؤنا صيانة للحقوق **قوله** ومن باع دارا وكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم وقد بينا ان ضمان الدرك هو قبول الثمن عند استحقاق المبيع وقوله تسليم اي تصديق من الكفيل ان المبيع ملك البائع فلو ادعاه لنفسه لا تسمع دعواه اذ لو صحت رجع المشتري بالثمن على الكفيل بحكم الكفالة فلا يفيد وايضا فالكفالة ان كانت مشروطة في البيع بان باع بشرط ان يكفل له فتمام البيع بقبوله اي بقبول الكفيل ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم به ولهذا تبطل شفعته لو كان الكفيل شفيعا وان لم يكن اي عقد الكفالة مشروطا فيه فالمراد به احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه الا بالكفالة تسكينا للقلب فنزل عقد الكفالة منزلة الاقرار بملك البائع والا كان تغريرا فلا تصح دعواه اياه اصلا بعد ذلك هذا اذا كفل فاما اذا لم يكفل ولكن شهد على البيع ثم ادعاها بعد شهادته ان كان ما كتب على الصك في الصك ما يفيد الاعتراف بملك البائع مثل ان باع فلان بن فلان جميع الدار الجارية في ملكه او بيعا باتا نافذا ثم كتب شهد بذلك لا تسمع دعواه لها وان لم يفد ذلك مثل ان يكتب في الصك باع فلان بن فلان من فلان جميع الدار او اقر بالبيع بحضرتي والشراء ثم كتب شهدت بذلك او كتب جرى ذلك لا تمنع دعواه فيها فلعله

فصل في الضمان قال ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل لأن الكفالة التزام المطالبة وهي إليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ولأن المال أمانة في أيديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير وكذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن لأنه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدي إلى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف ما إذا باعا بصفقتين لأنه لا شركة ألا ترى أن للمشتري أن يقبل نصيب أحدهما ويقبض إذا نقد ثمن حصته وإن قبل الكل **قال** ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز أما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكاة لأنها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته إلا بوصية وأما النوائب فإن أريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك وأجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الأسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وإن أريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشائخ رحمهم الله وممن يميل إلى الصحة الإمام علي البزدوي وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها أو حصة منها والرواية بأو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه

كتب الشهادة ليحفظ الحادثة ليسعى بعد ذلك في تثبيت البينة وقوله وختم هو أمر كان في زمانهم إذا كتب اسمه في الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع نقش خاتمه كيلا يطرقه التبديل وليس هذا في زماننا

فصل في الضمان الضمان هو الكفالة لكن لما كانت هذه المسائل مسائل الجامع الصغير وذكرت فيه بلفظ الضمان أوردها مترجمة بذلك **قوله** ومن باع لرجل ثوبا اللام في لرجل لام الملك أي باع ثوبا هو لرجل بطريق الوكالة عنه في بيعه وضمن الوكيل له أي للرجل المالك الثمن أو مضارب ضمن ثمن المتاع لرب المال فالضمان باطل لأن الكفالة وهي الضمان التزام المطالبة والمطالبة إليهما أي إلى الوكيل والمضارب فيصير كل منهما ضامنا لنفسه فيصير مطالبا ومطالبا وهذا لأن حقوق العقد ترجع إليهما حتى لو حلف المشتري ما للموكل عليه دين بر ولو حلف ما للوكيل عليه شيء حنث بخلاف الوكيل بالنكاح عن المرأة حيث يصح ضمانه المهر لها عن الزوج لأنه سفير محض لا ترجع إليه حقوق العقد فليس له المطالبة بالمهر على ما سلف فلا يصير ضامنا لنفسه ولأن المال في يد كل من الوكيل والمضارب أمانة فلا يصير مضمونا عليهما ولا يصح الضمان لاستلزامه تغيير حكم الشرع وصار كاشتراط الضمان على المودع والمستعير وكذلك أي لا يصح الضمان أيضا فيما إذا باع رجلان عبدا مشتركا بينهما صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن لأنه لو صح الضمان مع الشركة بأن ضمن نصف الثمن مطلقا يصير ضامنا لنفسه لأن كل جزء من الثمن مشترك بينهما فما يستوفي بنصيب أحدهما فللآخر أن يشاركه فيه فما يؤديه الضامن للشريك يكون بينه وبين المضمون له فكان له الرجوع بنصفه على الشريك فإذا رجع بطل حكم الأداء في مقدار ما وقع الرجوع فيه ويصير كأنه ما أدى إلا الباقي فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقي ثم وثم إلى أن لا يبقى شيء أو يبقى الجزء الذي لا يتجزى فظهر لزوم بطلان الضمان من حيث صح ولو كان ضمن نصيب شريكه خاصة يؤدي إلى قسمة الدين قبل قبضه وهو لا يجوز لأنه في الذمة لا يقبل القسمة لأنها إفراز ولا يمكن إلا في غير جاحية والدين وصف اعتباري وعليه اختيار الثاني ونقل الإجماع على أن أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز كما أنه لو باع نصيبه من العين يجوز وليس فيه معنى قسمة الدين قبل قبضه على الوجه الذي صح هذا يكون نصيب شريكه المضمون له قال في الفوائد الظهيرية بعد أن أورد هذا ولكن التعويل على ما ذكرنا يريد ما قرره من بطلان الضمان حيث صح لكن بعد ما صار الوجه مردودا بين كون الضمان بنصف شائع أو بنصف شريكه يبطل الأول بما ذكر وللناظر أن يختار الثاني ويدفع لأن إذ الباطل بما ذكرنا إلا أن يفرق بين شرائه بحصته وبين ضمانها ويخص البطلان بما إذا أريد ضمان النصف شائعا ويحكم بأنه المراد وقوله بخلاف ما إذا باعا صفقتين يعني بخلاف ما لو باع الشريكان العبد صفقتين باع هذا نصيبه على حدة وهذا كذلك من ذلك المشتري ثم ضمن أحدهما للآخر نصيبه أو باعا وسميا لكل نصيب ثمنا ثم ضمن صح الضمان لأنه لا شركة بينهما بحكم الشرع بدليل ذلك وكذلك لو قبل المشتري نصيب أحدهما فيما إذا باعا دون الآخر صح ولو قبل الكل ثم نقد حصة أحدهما ملك قبض نصيبه على الخصوص ولا يخفى أن هذا الثاني محمول على ما إذا باعا مع تفصيل الثمن لتفرق البيع عند أبي حنيفة وإلا فهو على قولهما في تعدد الصفقة على ما سلف في البيع قال الإمام قاضي خان ولو تبرع يعني الشريك بالأداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز تبرعه لأن التبرع لا يتم إلا بالأداء وعند الأداء يصير مستوفيا حصته في المشاركة فيصح وجواز هذا التبرع لا يدل على جواز الكفالة لأن التبرع أسرع جوازا من الكفالة ألا ترى أنه يجوز التبرع ببدل الكتابة ولا تجوز الكفالة **قوله** ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز أما الخراج فقد ذكرناه قبل هذا الفصل بقوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج وهو يخالف الزكاة لأنها مجرد فعل هو تمليك طائفة من ماله مقدرا لا دين ثابت في الذمة لأن الدين اسم لمال واجب في الذمة يكون بدلا عن مال أتلفه أو قرض

ومن قال لآخر لك علي مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي ومن قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل والشافعي رح الحق الثاني بالاول وابو يوسف رح فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني والفرق قد اوضحناه

او ثمن مبيع عقد بيعه او منفعة عقد عليها ابن بضع امرأته وهو المهر او استئجار عين والزكوة ليس كذلك بل ايجاب اخراج مال ابتداء بدلا عن مال نفسه فليس بدين حقيقة ولو وجبت في نصاب مستهلك وانما لها شبه الدين في بعض الاحكام على ما قدمناه بخلاف الخراج لانه مال يجب في مقابلة الذب عن حوزة الدين وحفظه فكان كالاجرة وقد قيدت الكفالة بها اذا كان خراجا موظفا لا خراج مقاسمة وهو ما يجب فيما يخرج فانه غير واجب في الذمة واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك للعامة واجرة الحارس للمحلة الذي يسمى في ديار مصر الخفير والموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى اذا لم يكن في بيت المال شيء وغيرهما مما هو بحق فالكفالة به جائزة بالاتفاق لانها واجبة على كل مسلم موسر بايجاب طاعة ولي الامر فيما فيه مصلحة المسلمين ولم يلزم بيت المال او لزمه ولا شيء فيه وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات الموظفة على الناس في زماننا ببلاد فارس على الخياط والصباغ وغيرهم للسلطان في كل يوم او شهر او ثلاثة اشهر فانها ظلم فاختلف المشايخ في صحة الكفالة بها فقيل تصح اذ العبرة في صحة الكفالة وجود المطالبة اما بحق او باطل ولهذا قلنا ان من تولى قسمتها بين المسلمين فعدل فهو ماجور وينبغي ان كل من قال ان الكفالة ضم في الدين يمنع صحتها ههنا ومن قال في المطالبة يمكن ان يقول بصحتها ويمكن منعها بناء على انها في المطالبة بالدين او معناه او مطلقا وممن يميل الى الصحة الامام البزدوي يريد فخر الاسلام اما اخوه صدر الاسلام فابى صحة الكفالة بها واما القسمة فقيل هي النوائب بعينها او حصة منها اذا قسمها الامام ولا حاجة الى كون الرواية وقسمة بلا واو لان القسمة في القرآن بمعنى القسم قال تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم اذ لا معنى لضمان حقيقة القسمة بالمعنى المصدري لكن لو كان كذلك لكان ينبغي كون الرواية بالواو ليكون من عطف الخاص على العام لكن الرواية باو وقيل النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما هو منها غير راتب فتغايرا والحكم يعني في القسمين ما بيناه من الصحة في احدهما والخلاف في الاخرى ثم من اصحابنا من قال الافضل للانسان ان يساوي اهل محلته في اعطاء النائبة قال شمس الائمة هذا كان في ذلك الزمان لانه اعانة على الحاجة والجهاد اما في زماننا فاكثر النوائب تؤخذ ظلما ومن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له وان اراد الاعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه لفقر ليستعين به الفقير عن الظلم وينال المعطي الثواب وقوله الحكم ما بيناه يعني ما ذكر في ان الكفالة فيما كان بحق جائزة وبغير حق فيها خلاف **قوله ومن قال لآخر** المراد الفرق بين مسئلتين احدهما من اقر بدين مؤجل لرجل فاعترف بالدين المقر له وانكر الاجل فالقول للمقر له ولو اقر بكفالة لرجل بدين مؤجل فاعترف المقر له وانكر الاجل فالقول للكفيل في ظاهر الرواية خلافا للشافعي حيث الحق الاول بالثاني فجعل القول في المسئلتين للمقر ولابي يوسف على رواية ابراهيم بن رستم حيث الحق الثاني بالاول فجعل القول فيهما للمقر له ووقع في اكثر نسخ الهداية من عكس ذلك وهو ان الشافعي الحق الثاني بالاول وابو يوسف قلبه سهو من الكاتب وجه قول الشافعي ان الدين نوعان حال ومؤجل فاعترافه بالمؤجل اعتراف بنوع الاعتراف بحنطة رديئة او جيدة ولا يلزم النوع الآخر فالقول للمقر كالكفيل وجه ابي يوسف انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى احدهما الاجل على صاحبه وهو ينكر فلا يصدق الا بحجة كما في الاول وصار الاجل كالخيار فيما لو اقر بالكفالة على انه بالخيار وانكر الطالب فالقول للطالب في انكاره الخيار وجه المذهب ان المقر بالدين اقر بما هو سبب المطالبة في الحال اذ الظاهر ان الدين كذلك لانه انما يثبت بدلا عن قرض او اتلاف او بيع ونحوه والظاهر ان العاقل لا يرضى بخروج مستحقه في الحال الا ببدل في الحال فكان الحلول الاصل والاجل عارض فكان الدين المؤجل معروضا بالعارض لا نوعا ثم ادعى لنفسه حقا وهو تاخيرها والآخر ينكره وفي الكفالة ما اقر بالدين على ما هو الاصح بل بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها في الحال والكفيل ينكر ذلك فالقول له وهذا لان التزام المطالبة يتنوع الى التزامها في الحال او في المستقبل كالكفالة بما ذاب والدرك فانما اقر بنوع منها فلا يلزمه

قال ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لانعدام المحلية وعن ابي يوسف انه يبطل البيع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق وموضعه اوائل الزيادات في ترتيب الاصل ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن له الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع او قيمته

بالشروع الآخر تجاوزت الكفالة على انه ايضا فانها ضعيفة لقلة وجودها فنزلت منزلة العدم وبه تخلص عمن ادعى ما لا هو مؤجل في الواقع فان اعترف به مؤجلا لا يصدق وان انكر يكون كاذبا او خاف ان اعترف به كذلك لا يصدق في الاجل فالحيلة ان يقول للمدعي هذا المال الذي تدعيه مؤجل ام معجل فان قال مؤجل حصل المقصود وان قال معجل ينكره وهو صادق وفي العيون من عليه دين مؤجل اذا حلف ما له اليوم قبله شيء ارجو ان لا يكون آثما اذا كان لا يقصد به اتواء حقه قوله ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل وفاعل يأخذ ضمير من والكفيل مفعول يعني لم يطالبه حتى يقضى له بالثمن على البائع لان بمجرد الاستحقاق اي القضاء به بالمبيع لا ينتقض البيع اي لا ينفسخ على ظاهر الرواية واحترز بظاهر الرواية عن رواية الامالي عن ابي يوسف انه يأخذ الكفيل قبل ان يقضى على البائع بالثمن لان الضمان توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته فكذلك على الكفيل ووجه ظاهر الرواية ما ذكر من ان مجرد الاستحقاق لا يفسخ البيع فما لم ينفسخ لا يجب الثمن على البائع وهو على ملكه ولا يعود الى ملك المشتري حتى لو كان الثمن عبدا فاعتقه البائع بعد القضاء بالاستحقاق نفذ عتقه وكذا لو كان المشتري باعه من غيره فاستحقت من يد الثاني ليس للمشتري الاول ان يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه المشتري الثاني كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد واذا لم يجب الثمن على الاصيل لا يجب على الكفيل بخلاف ما لو قضى بحرية العبد ونحوه لان البيع يبطل بعدم المحلية للبيع فيكون استحقاقا مبطلا للملك راسا وما نحن فيه استحقاق ناقل للملك لمحليته للملك باقية واحتمال اجازة المستحق للبيع القائم ثابت لما ان هذا الاحتمال يبقى الملك بخلاف ما لو قضى على البائع برد الثمن لارتفاعه وصحح في فصول الاستروشني انه للمستحق ان يجيز بعد قضاء القاضي وبعد قبل ان يرجع المشتري على بائعه بالثمن والرجوع بالقضاء يكون فسخا والاستحقاق المبطل كدعوى النسب ودعوى المرأة الحرمة الغليظة ودعوى الوقف في الارض المشتراة او انها كانت مسجدا ويشارك الاستحقاق الناقل في ان كلا منهما يجعل المستحق عليه من يملك ذلك الشيء من جهته مستحقا عليهم حتى انه لو اقام واحد منهم البينة على المستحق بالملك المطلق تقبل بينته ويختلفان في ان كل واحد من الباعة في الناقل لا يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه ولا يرجع على كفيل الدرك ما لم يقض على المكفول عنه وفي المبطل يثبت لكل منهم الرجوع على بائعه وان لم يرجع عليه ويرجع على الكفيل وان لم يقض على المكفول عنه واستقصاء مسائل الاستحقاق جملة وقوله وموضعه اي الاستحقاق اوائل الزيادات في ترتيب الاصل يريد ترتيب محمد فانه بدأ بباب المأذون واحترز بالاصل عن ترتيبها الكائن الآن فانه ترتيب ابي عبد الله الزعفراني تلميذ محمد بن الحسن فانه غير ترتيب محمد الى ما هي عليه الآن وانما سماه محمد بالزيادات لان اصول ابوابه من امالي ابي يوسف وكان محمد يجعل ذلك الباب من كلام ابي يوسف اصلا ثم يزيد عليه تفريعاتها

قوله ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة الى ان هذه اللفظة مشتبهة المراد فانها تقال للصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقال الشيخ ابو بكر الرازي هو كتاب الشراء وهو ملك المشتري فهو بمنزلة من ضمن لرجل ملكه وفي بلادنا ما يقال بخاص منه وهو مكتوب شراء الجواري ويقع على نفس العقد لان العهدة من العهد كالعقدة من العقد والعهد والعقد واحد ويقع على حقوق العقد لانها ثمراته وعلى خيار الشرط وهي في الحديث عهدة الرقيق ثلاثة ايام اي خيار الشرط فيه ولكل في ذلك وجه قد بيناه واذا تعددت المفاهيم تعذر العمل بها قبل البيان بخلاف ضمان الدرك فانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا وفي العهدة وذكر بعض المشايخ ان عند ابي حنيفة ضمان العهدة هو ضمان الدرك ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع ان قدر عليه وتسليم قيمته ان لم يقدر عليه وذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي للخصاف ان تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند ابي يوسف ومحمد يعني فيكون صحيحا لانه ضمان الدرك عندهما والصحيح الكلام تحت الالفاظ ثلاثة ضمان الدرك جائز بالاتفاق وضمان العهدة لا يجوز بالاتفاق على ظاهر الرواية وضمان الخلاص مختلف فيه في ظاهر الرواية وقد ذكر ابو زيد في شروطه ان ابا حنيفة وابا يوسف كانا يكتبان في الشروط فما ادرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه وان لم يذكر رد الثمن يفسد لانه يبقى الضمان تخليص المبيع وحده من الخلاف فيما اذا ذكر ضمان الخلاص مطلقا اما اذا قال خلاص المبيع او رد الثمن

باب كفالة الرجلين

وإذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما إذا اشتريا عبداً بألف درهم وكفل كل واحد عن صاحبه فما أداه أحدهما لم يرجع به على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لأن كل واحد منهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة وبحق الكفالة لأن الأول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للأول فيقع عن الأول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولأنه لو وقع في النصف عن صاحبه فله أن يرجع عليه لأن أداء نائبه كأدائه فيؤدي إلى الدور وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلاً كان أو كثيراً ومعنى المسألة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الأصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه وإذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعاً عنهما إذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي إلى الدور لأن قضيته الاستواء وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينتقض برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم

باب كفالة الرجلين لما نزل هذا مما قبله منزلة المركب من المفرد ذكره عقيبه **قوله** وإذا كان الدين على اثنين بأن اشتريا من واحد عبداً بألف أو اقترضا منه وكفل كل منهما عن صاحبه فما أداه أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزائد لوجهين أحدهما أن كلا منهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة وما عليه بحق الكفالة لقوة الأول وضعف الثاني لأن الأول دين عليه والثاني مطالبة بلا دين ثم هو تابع فوجب صرف المؤدى إلى الأقوى تقديماً له على الأضعف على ما هو مقتضى العادة لا يقال هذا يقتضي أن على قول من يجعل الدين على الكفيل مع المطالبة يكون المؤدى منهما كما هو قول طائفة من مشايخنا ونقله ابن قدامة عن الأئمة الثلاثة لهذا إلا أن يصرفه بنيته أو بلفظه إلى أحدهما لأنا نقول الحكم عندنا ما ذكرنا من غير خلاف عندنا فإن الدين الثابت عليه بطريق الكفالة ليس بقوة الكائن عليه بطريق الأصالة ألا يرى أن المريض إذا اشترى في مرضه شيئاً كان من جميع المال ولو كفل كان من الثلث وأيضاً لو اشترى المريض وعليه دين جاز ولو كفل وعليه دين لا يجوز وأما كونه يصرف بنيته فقلنا التعيين في الجنس الواحد لغو وهذا دين واحد حتى لو كان نصف الدين بقرض مثلاً ونصفه مبيع وعين صح وفي الجنسين تعتبر تعيينه لأنه مفيد فيهما ولأنه لو وقع في النصف عن صاحبه بحكم الكفالة كان له أن يرجع عليه فلصاحبه أن يرجع بعين ما رجع به المؤدى لأن أداء نائبه يعني كفيله بأمره كأدائه بنفسه ولو أدى بنفسه يرجع فكذا نائبه لكن إذا جعله كله عن صاحبه بالكل يرجع بجميع ما رجع به صاحبه وإلا لم يكن له أن يرجع إلا بنصف ما رجع به صاحبه بيانه أدى الأول مائتين يرجع بنصفها لأنه في إحدى المائتين أصيل فإذا رجع به على صاحبه لم يتقيد صاحبه أن يرجع بكليتهما إلا إذا اعتبر نفسه مؤدياً كلها عن صاحبه المؤدي حقيقة وإلا لم يرجع إلا بنصفها لأنه لو أدى حقيقة بنفسه انصرف منها خمسون إلى ما عليه أصالة وخمسون إلى ما عليه كفالة وإنما يرجع بما عن الكفالة فيؤدي إلى الدور وما يؤدي إليه ممتنع فيمتنع رجوعه فلم يقع عن صاحبه وإلا تغير حكم الشرع إذ الوقوع عن صاحبه حكمه جواز الرجوع وقد علمت أنه امتنع الدور واعلم أن ليس المراد حقيقة الدور فإنه توقف الشيء على ما يتوقف عليه ورجوع المؤدى ليس مما يتوقف على رجوع صاحبه بل إذا رجع للآخر أن يرجع ولا يلزم كونه في مال واحد بل إنشاء إعطاء وما أخذ منه فإذا رجع الآخر استفاده أو أعطاه غيره وكذا الأول فاللازم في الحقيقة التسلسل في الرجوعات منهما فيمتنع الرجوع المؤدي إليه والحق أن هذا الوجه باطل لأن رجوع المؤدى عنه لا يمكن أن يسوغه شرعاً اعتبار المؤدى عنه أنه أدى بنفسه وحسبه عن المؤدي لأنه اعتبار باطل يؤدي إلى أن المؤدى عنه يرجع على المؤدي عنه بمثل ما أدى إلى الطالب وهو نقيض ما القطع به من الشرع أن المؤدي هو الذي يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى وكيف يكون أداء الإنسان عن غيره سبباً لأن يرجع عليه ذلك الغير بمثل آخر هذا مجازفة عظيمة **قوله** وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلاً كان أو كثيراً ومعنى المسألة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة ومن غير نظر إلى أنها مع الدين أولا فتجتمع الكفالتان وموجبهما التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل لأنه التزام ما على الكفيل من المطالبة بما كفل به كما يصح من الأصيل بالتزام المطالبة بما عليه وكما تصح الحوالة من المحتال عليه بالمال بما أحيل عليه على آخر فإذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعاً عنهما إذ الكل كفالة ما عن نفسه وما عن الكفيل الآخر فلا ترجيح للبعض على البعض ليقع النصف الأول عن نفسه خاصة بخلاف ما تقدم وإذا لم يترجح ما عليه من جهة المديون وما عليه من جهة الكفيل الآخر فيرجع على شريكه بنصف جميع ما أدى ولا يؤدي إلى الدور لأن قضيته هذا الاستواء والاستواء في العلة وهي الكفالة وقد حصل برجوع أحدهما وهو المؤدي بنصف ما أدى فنقضه برجوع غير المؤدي بلا موجب بخلاف ما تقدم لأن الاستواء غيره في العلة فإن أحدهما

الاستفا

ثم يرجعان على الاصيل لانهما ادياه عنه احدهما بنفسه والآخر بنائبه وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل جميع المال عنه بامره وإذا ابرأ رب المال احدهما اخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بكله على ما بيناه ولهذا ياخذه به **قال** وإذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان ياخذوا ايهما شاؤوا بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين **قال** وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه ووجهه ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب الالف عليه فيكون عتقهما معلقا بادائه ويجعل كفيلا بالالف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب ان شاء الله تعالى فاذا عرفنا ذلك فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما **قال** ولو لم يؤديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال الا ليكون المال وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف وللمولى ان ياخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان اخذ الذي اعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤدى عنه بامره وان اخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء لانه ادى عن نفسه والله اعلم

باب كفالة العبد وعنه

ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به في حال رقه والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب او مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر ثم اذا ادى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه

غلته اقوى من الآخر فلم يستويا فلم يستو موجبهما فلهذا لا يرجع الا بما زاد على النصف وهذا الفرق باعتبار الوجه الاول في المسألة الاولى ولو كان الوجه الثاني صحيحا لم يقع الفرق باعتباره لان مسوغ رجوع المؤدي حسنة اعتبار نفسه ادى بما ادى عنه المؤدى واحتسابه عن المؤدى عنه وهذا ممكن ههنا بعينه بان يقول هذا الذي نرجع به علي بسبب انك اديته عني فكاني انا الذي اديته وحسبته عنك فانا ارجع عليك به ولا تمكن في ابطال هذا فلا يقع الفرق الا باعتبار القوة والضعف وهو الوجه الاول **قوله** ثم يرجعان يعني الكفيلين المتكافلين على الاصيل لانهما ادياه عنه احدهما بنفسه والآخر بنائبه وان شاء رجع الكفيل المؤدي بالجميع على المكفول عنه لانه كفل عنه بجميع المال بامره ثم اداه ولو ابرأ رب المال احدهما اخذ الآخر بالجميع لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بكله **قوله** واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان ياخذوا ايهما شاؤوا بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في كتاب الشركة من ان شركة المفاوضة تنعقد على وكالة كل منهما عن الآخر وكفالة كل عن الآخر الا ما استثني ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين المديونين بدين واحد والله الموفق **قوله** واذا كوتب العبدان كتابة واحدة بان قال مثلا كاتبتكما على الف الى عام وكل واحد منكما كفيل عن صاحبه وكل شيء اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه ووجهه ان هذا العقد وهو عقد الكفالة جائز استحسانا خلافا للائمة الثلاثة كما لو كانت الكفالة كتابة واحدة فقط فلانه كفالة ببدل الكتابة وهي باطلة والثاني شرط فيه كفالة المكاتب وهو باطل والكتابة تبطل بالشروط الفاسدة ووجه الاستحسان انه يمكن ان يعتبر له تصحيح فيجعل عليه المال على احدهما ويعتق الآخر معلقا بادائه كما في الولد المولود في الكتابة فيجعل كل منهما في حق المولى كأن المال كله عليه ويعتق الآخر معلقا بادائه فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا الكفالة وفي الحقيقة المال مقابل بهما منقسم عليهما بخلاف ما اذا اختلفت كتابتهما لان عتق كل منهما معلق بمال عليه على حدة فتعذر تصحيحه وفيما وراء ذلك الاعتبار الصحيح الحقيقة هي المعتبرة حتى ان ما اداه احدهما يرجع على صاحبه بنصفه لاستوائهما ولو لم يؤديا شيئا حتى ان المولى اعتق احدهما جاز لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى عتقه ولم يبق وسيلة لحصول عتقه بطريق آخر فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل منهما احتيالا لتصحيح الضمان والحامل عليه تشوف الشارع الى العتق فاذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فوجب ان يتنصف وللمولى ان ياخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة واورد عليه انه يستلزم كون الرقيق ضامنا لبدل الكتابة وهو لا يجوز واجيب بان هذا في حالة البقاء لا في الابتداء كما في ثبات شهود النكاح فان اخذ الذي عتق رجع على صاحبه بما ادى وان اخذ به الآخر لم يرجع على الذي عتق بشيء لانه بما ادى عن نفسه

باب كفالة العبد وعنه آخر ما يتعلق به لتأخره بالرق **قوله** ومن ضمن عن عبد مالا موصوفا بكونه لا يجب على العبد حتى يعتق كأن اقر باستهلاك مال وكذبه المولى او اقرضه انسان او باعه وهو محجور فانه لا يجب عليه الا بعد عتقه وكذا اذا اودع شيئا فاستهلكه او وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى بخلاف ما لو كان استهلاك المال معاينا معلوما فانه يؤخذ به في الحال فاذا كفل رجل عن العبد بالمال الذي لا يجب عليه الا بعد الحرية من غير ان يشترط في الكفالة تأجيلا وهذا هو المراد بقوله لم يذكر حلولا ولا غيره لزم الكفيل حالا لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول الذمة وعدم الاجل وكيف والعتق لا يصلح اجلا لجهالة وقت وقوعه وقد لا يقع اصلا وانما لا يطالب به لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى لم يرض

ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول بنفسه حرا **قال** فان ادعى رقبة العبد وكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى ردها على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول **قال** واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بامره اما كفالته عن العبد فتصح على كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو الرق قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فاجازه

متعلقة به اي تعلق الدين بالكفيل والكفيل غير معسر فالمانع الذي تحقق في الاصل منتف من الكفيل مع وجود المقتضي وهو الكفالة المطلقة بمال غير مؤجل فيجب المال في الحال فصار كما لو كفل عن مفلس او غائب يلزمه في الحال مع ان الاصيل لا يلزمه وهذا احسن في حلول هذه الكفالة بخلاف وجه تاخير الدين الى العتق وهو العسرة وعدم رضى المولى فانه لو تم لزم تاخير دين الاستهلاك المعاين لعسرته وعدم رضى المولى بل الوجه عدم نفاذ تصرف عبيد المولى في حقه بما يضره اعني تصرف المقترض والبائع للعبد ولم يرض بايداع المودع عند عبده ولا تمكين المرأة وعدم نفاذ قول العبد في حق المولى اذا كان بكذا بخلاف الاستهلاك المعاين فانه ليس فيه احد بما ينفذ في حقه دفعا للضرر لم يتسبب فيه على نفسه فيجب الدين في الحال فيؤخذ من كسبه ان كان له كسب والا تباع رقبته فيه الا ان يفديه المولى هذا هو المرجح في قول محمد في العبد الذي يستهلك بالمال الذي لا يجب حتى يعتق بخلاف الدين المؤجل لانه متاخر بمؤخر صحيح ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعاين ينبغي ان يرجع قبل العتق اذا ادى لانه دين غير مؤخر الى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته او القضاء عنه وبحث اهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الامر بالكفالة من العبد او السيد والذي عندي كون المعتبر امر السيد لان الرجوع في الحقيقة عليه **قوله** ومن ادعى على عبد مالا وكفل رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل وهو ظاهر لا فرق في ذلك بين كون المكفول به حرا او عبدا وانما ذكرها في العبد ليرتب عليها مسئلة دعوى الرقبة وهي قوله فلو كان ادعى رقبة العبد وكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد رقبة العبد على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل وهو كالوكيل بالمغصوب حيث يؤخذ برد عينه فان عجز فبقيمته فحاصله انه كفل بمال هو رقبة العبد والمكفول عنه المولى بخلاف ما لو كفل بالمال الذي على العبد ثم مات يجب ضمانه والمكفول عنه فيه هو العبد وكذا عن الحر فمات الحر مفلسا لا يبرأ الكفيل في قولهم جميعا بخلاف من كفل عن المفلس بعد موته على ما تقدم من الخلاف فيه **قوله** واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فادى او كان المولى كفل عن عبده فادى بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على الآخر بشيء ونقل عن زفر في شرح الجامع انه يرجع قال المصنف ومعنى الوجه الاول يعني ضمان العبد عن سيده ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته عن سيده وهذا لان الاصل ان كفالة العبد لا تصح مطلقا لان الكفالة انما تصح ممن يصح منه التبرع على ما قدمناه اول الباب فلذا لا تصح من الصبي غير المأذون غير ان امر السيد له بها فك الحجر فيه فيصلح حتى تباع رقبته في دين الكفالة اذا كفل لغير السيد باذن السيد فاذا كان على العبد دين لا يملك السيد ماليته لتعلق حق الغرماء بها فلا يملك امره اياه بالكفالة بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين فان لمولاه الحق في ماليته فيعمل اذنه له في ان يكفل عنه وفي بعض نسخ الهداية ومعنى المسئلة ان يكون عليه دين وليست صحيحة لما بيناه واما كفالة السيد عن العبد فصحيحة على كل حال سواء كان على العبد دين او لا فان قيل دين العبد الذي يظهر في حق المولى يقتضي في ماليته وهي ملك المولى فاي فائدة في هذه الكفالة اجيب بان الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة مع الدين والا فمعه يقتضي من جميع امواله بخلاف ما اذا لم يكفل فانه لا يلزمه عندنا الا ان يسلمه ليباع وقد لا يفي ثمنه بالدين فلا يصل الغرماء الى تمام الدين وبالكفالة يصلون له فوجه انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو كونه عبده ولا يستوجب واحد من السيد والعبد دينا على الآخر فقد زال بالعتق فان الاداء انما بعده فيجب الرجوع ولنا انها وقعت من كل منهما غير موجبة للرجوع بما قلنا ان واحدا منهما لا يستوجب دينا على الآخر فلا ينقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجاز فادى الكفيل لا يرجع لان معنى الامر وان تحقق في حالة البقاء لم يوجب حكم الابتداء وهو الرجوع لان الاصل انما يقع لازما لا يكون لبقائه حكم الابتداء وهذه الكفالة حين وقعت وقعت غير موجبة للرجوع لما قلنا من ان كل واحد من السيد والعبد

ولا يجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به او عبد لانه دين ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة رحمة الله عليه لانه كالمكاتب عنده

كتاب الحوالة

لا يستوجب على الآخر دينا الا ان يكون العبد مديونا فحينئذ يثبت له الدين على السيد ما اذا وقعت غير موجبة فلو انقلبت موجبة كان في حال البقاء وليس لبقائها حكم الابتداء الا انها تقع لازمة وقد طولب بالفرق بين هذا وبين الراهن اذا اعتق العبد الرهن وهو معسر فان العبد يسعى في ذلك الدين ثم يرجع به على سيده فلم لا يرجع هنا واجيب بانه انما جاز ان يرجع على المولى اما هناك فلان استيجاب الدين وهو زمان الكفالة كان عبدا فيه قوله ولا يجوز الكفالة ببدل الكتابة حر تكفل به او عبد وكذا لا يجوز بمال آخر للسيد على المكاتب لانه اي عقد الكتابة ثبت مع المنافي وهو عبدية للسيد المكاتب لانه عبد ما بقي عليه درهم وذلك يقتضي نفي الدين للسيد على عبده فانما ثبت على خلاف القياس للنص لتحقيق العتق المتشوف الشارع اليه فيقتصر عليه فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولان المكاتب لو عجز نفسه سقط هذا الدين ولا يمكن اثباته اي اثبات هذا الدين على هذا الوجه على الكفيل وهو كونه اذا عجز الكفيل نفسه يسقط عنه واثباته مطلقا في ذمة الكفيل عن هذا الوصف ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد ولو اثبتناه على الاطلاق على الكفيل وعلى تمكنه من اسقاطه على الاصيل لم يتحد الدين عليهما وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة رح لانه كالمكاتب عنده للعلة الاولى لان له احكام العبد عنده حتى لا تقبل شهادته ولا يتزوج اكثر من ثنتين ونصف حده وقيمتها دون العلة الثانية اذ لا يقدر على ان يسقط عنه دين السعاية بتعجيز نفسه وعندهما تصح الكفالة به لانه حر مديون عندهما واما الكفالة للمكاتب بدين له على آخر ليس من جنس بدل الكتابة فجائزة واما العبد التاجر اذا ادان مولاه دينا وانكان عليه دين صحت الكفالة لان كسبه حق الغرماء لا السيد فكان الدين واجبا في ذمة كما في ذمة غيره فصحت الكفالة به والكفالة بالنفس مثل ذلك ان لم يكن على العبد دين لا تصح وان كان صحت

كتاب الحوالة

الحوالة تناسب الكفالة لان كلا منهما عقد التزام ما على الاصيل للتوثق الا ان الحوالة تتضمن براءة الاصيل براءة مقيدة على ما نعلم بخلاف الكفالة فانها لا تتضمنها فكانت كالمركب مع المفرد والمفرد مقدم فاخر الحوالة عنها ايضا اثر الكفالة اقرب الى الاصيل وهو عدم السقوط بعد الثبوت واثر الحوالة ابعد منه والحوالة اسم من الاحالة ومنه يقال احلت زيدا بماله على عمرو فاحتال اي قبل فانا محيل وزيد محال ويقال المحتال والمال محال به والرجل محال عليه ويقال محتال عليه فتقدير الاصل في محتال الواقع اسم فاعل محتول بكسر الواو وفي الواقع مفعولا محتول بالفتح كما يقدر في مختار الفاعل مختير بكسر الياء وبفتحها في مختار المفعول الا ان صلة له مع المحتال الفاعل فلا حاجة اليها بل الصلة مع المحال عليه لفظة عليه فهما محتال ومحتال عليه فالفرق بينهما بعدم الصلة وبصلة عليه وفي المغرب تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل ومنه التحويل وهو نقل الشيء من محل الى محل ويقال للمحتال حويل ايضا والمحيل هو المديون والمحال والمحتال رب الدين والمحال عليه والمحتال عليه هو الذي التزم ذلك الدين للمحتال والمحال به نفس الدين وهي في الشرع نقل المطالبة من ذمة المديون الى ذمة الملتزم بخلاف الكفالة فانها ضم في المطالبة لا نقل فلا يطالب المديون بالاتفاق وانما اختلف المشايخ في ان الدين ايضا ينتقل اولا وسنذكره من قريب

قال وهي جائزة بالديون قال عليه السلام من احيل على ملئ فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل في الدين لا في العين **قال** وتصح الحوالة برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره **قال** واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول

فلو اريد التعريف على قول الناقلين بخصوصهم قيل نقل الدين او قول النافين قيل نقل المطالبة فقط **قوله** وهي جائزة بالديون قال صلى الله عليه وسلم مطل الغني ظلم رواه ابو هريرة مطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم على ملي فليتبع متفق عليه واما لفظ احيل مع لفظ فليتبع كما ذكره المصنف فرواية الطبراني عن ابي هريرة في الاوسط قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مطل الغني ظلم ومن احيل على ملي فليتبع ورواه احمد وابن ابي شيبة ومن احيل على ملي فليحتل قيل وتقديره فاذا احيل بالفاء فيفيد ان الامر بالاتباع للملاءة على معنى انه اذا كان مطل الغني ظلما فاذا احيل على ملي فليتبع لانه ملي لا يقع في الظلم والله اعلم ثم اكثر اهل العلم على ان الامر المذكور امر استحباب وعن احمد الوجوب والحق الظاهر انه امر اباحة هو دليل جواز نقل الدين شرعا او المطالبة فان بعض الاملياء عنده من اللدد في الخصومة والتعسير ما يكثر به الخصومة والمضارة فمن علم من حاله هذا لا يطلب الشارع اتباعه بل عدمه لما فيه من تكثير الخصومات والظلم واما من علم منه الملاءة وحسن القضاء فلا شك في ان اتباعه مستحب لما فيه من التخفيف على المديون والتيسير عليه ومن لا يعلم حاله فمباح لكن لا يمكن اضافة هذا التفصيل الى النص لانه جمع بين معنيين مجازيين للفظ الامر في اطلاق واحد فان جعل للاقرب اضمر معه القيد والاظهر دليل الجواز للاجماع على جوازها دفعا للحاجة وانما خصت بالدين لان النقل الذي تضمنه نقل شرعي وهو لا يتصور في الاعيان بل المتصور فيها النقل الحسي فكانت نقل الوصف الشرعي وهو الدين **قوله** وتصح برضى المحيل والمحتال والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو اي الدين هو الذي ينتقل بها اي بالحوالة والذمم متفاوتة في حسن القضاء والمطل فلا بد من رضاه والا لزمه الضرر بالزامه اتباع من لا يوفيه واما المحتال عليه فلانه الذي يلزمه الدين ولا لزوم الا بالتزامه ولو كان مديونا للمحيل لان الناس يتفاوتون في الاقتضاء من بين سهل ميسر وصعب معسر واما المحيل فالحوالة تصح بلا رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو اي المحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه عاجلا باندفاع المطالبة عنه في الحال واجلا بعدم الرجوع عليه لانه لا يرجع الا بامره وحيث يثبت الحوالة بغير رضاه كان بغير امره واول في الايضاح المذكور في القدوري بما اذا كان للمحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فان قبول الحوالة ح من المحتال عليه يكون اسقاطا لمطالبة المحيل عن نفسه اعني نفس المحتال عليه ولا تصح الا برضاه وكذا في المبسوط وهذه اشتراط رضى المحيل قول الائمة الثلاثة قالوا لان للمحيل ايفاء ما عليه من اي جهة شاء فلا يتعين عليه بعض جهات ونقل ابن قدامة ان رضى المحيل لا خلاف فيه ليس بصحيح وصورته ان يقول رجل لصاحب الدين لك على فلان بن فلان الف فاحتل بها على فرضي الطالب واجاز صحت الحوالة حتى لا يكون له ان يرجع بعد ذلك وسنبين الحق فيه عندنا هذا ولا تصح الحوالة في غيبة المحتال في قول ابي حنيفة ومحمد كما قلنا في الكفالة الا ان يقبل رجل الحوالة للغائب فيتوقف على اجازته اذا بلغه وكذا لا يشترط حضرة المحتال عليه حتى لو احال على غائب فبلغه فاجاز صحت **قوله** واذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل من الدين هذا قول طائفة من المشائخ وهو الصحيح من المذهب وقول طائفة اخرى لا يبرأ الا من المطالبة فقط وقال زفر لا يبرأ من المطالبة ايضا فالنظر في خلاف المشائخ اولا حتى يثبت المذهب ثم ننظر في خلاف زفر وهو القائلون ان المذهب لا يبرأ عن الدين استدلوا بمسائل ذكرها محمد تقتضي ذلك منها

قال ولا يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي رحمة الله عليه لا يرجع وان توى لان البراءة قد حصلت مطلقة فلا يعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود او تنفسخ الحوالة لفواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع

اذ انتقال الحوالة تبتنى على النقل فيعتبر فيها ذلك قالوا سلمنا واعتبار نقل المطالبة كاف في تحقيق معنى النقل غير متوقف على نقل الدين كما قلت لزفر وتحقيق التوثق يحصل باختيار الاملى الى آخره غير متوقف على كل ما يحصل به التوثق وقوله وانما يجبر الى آخره جواب نقض من قبل زفر وهو ما سبق من ادلة القائلين من المشايخ بعدم نقل الدين وهو ان المحيل اذا نقد المحتال الدين المحال به قبل نقد المحال عليه اجبر المحتال على القبول فلو لم يكن الدين باقيا على المحيل لم يجبر لانه متبرع بشئ من ماله فلا يجبر على قبوله اجاب بانه لا يلزم على التقدير النقل ان يكون متبرعا محضا وانما يكون ذلك لو لم يكن عود الدين المنتقل اليه بعينه ممكنا تخوفا قد يتوقع فاما ان كان فلا لانه على ذلك التقدير دافع عن نفسه مطالبة على تقدير تحقق سببها فهذا الجواب يدفع هذا الوارد من حيث هو نقض لزفر ودليل لتلك الطائفة وقد نقض من قبل زفر بوجود الحوالة ولا نقل اصلا بها اذا وقعت بغير اذن المحيل واجيب بان معنى النقل يتحقق فيه بعد اداء المحتال عليه حتى لا يبقى اذ ذاك على المحيل شئ الا ان يتم يقال لو صح هذا لصح ان يقال الكفالة بغير امر المكفول عنه فيها نقل الدين ايضا بهذا الوجه لانه اذا ادى الكفيل عنه لم يبق عليه شئ والحق ان اصل الجواب ساقط فان انتفاء الدين عن المحيل باداء المحتال عليه ليس هو نقل الدين بل انتفاؤه من الوجود بالكلية وليس هذا النقل بل نقله تحوله عن محل هو ذمة المحال عليه فمنشأ ان الجواب هو ان الحوالة بغير اذن المحيل ليست حوالة من كل وجه لان حقيقة الحوالة ان كان فعل المحيل فهو الاحالة او الحاصل من فعله فهو نفس الانتقال الفعل منه والنقل انما هو في حقيقتها ولهذا اجاز المالكية هذا المعنى واخرجوه من الحوالة وسموه حمالة وحكمها شطر حكم الحوالة وهو اللزوم على المتحمل دون شطره الآخر وهو انتقال الدين عن المديون فلم تكن حوالة والا استعقب تمام حكمها وهذا ما عندنا قوله ولم يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي رح لا يرجع وان توى بموت او افلاس او غيره وهو قول احمد والليث وابي عبيد وعن احمد اذا كان المحال عليه مفلسا ولم يعلم الطالب بذلك فله الرجوع الا ان يرضى بعد العلم وهو قول مالك لان الافلاس عيب في المحال عليه فله ان يرجع بسببه كالبيع ولان المحيل غره فهو كما لو دلس المبيع يرجع به وللشافعي لان البراءة الحاصلة بالانتقال حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد ولا سبب فلا عود ويؤيده ما روى عن ابن المسيب انه كان له على علي دين فاحاله به على آخر فمات المحتال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال ابعدك الله فمنع رجوعه ونحن نمنع كون البراءة مطلقة بل هي مقيدة يعني بشرط السلامة وان كانت مطلقة وهذا القيد يثبت بدلالة الحال وهو ان المقصود من شرط الحوالة ليس مجرد الوجوب على الثاني لان الذمم باعتبار هذا القدر متساوية وانما تتفاوت في احسان القضاء وعدمه فالمقصود التوصل الى الاستيفاء من المحل الثاني على وجه لا من والا لم ينتقل عن الاول فصارت السلامة من المحل الثاني

قال والتوى عند ابي حنيفة رحمه الله احد الامرين وهو اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة وقالا هذان الوجهان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله غاد ورائح

كالمشتري وباعاد في الصفقة الاولى فاذا لم يحصل مشترو عاد حقه على الاصيل وصار كما لو صالح على عين فهلكت قبل التسليم يعود الدين لان البراءة ما ثبتت مطلقة بل بعوض فان لم يسلم يعود دينه وما روي عن عثمان رضي مرفوعا وموقوفا في المحتال عليه اذا مات مفلسا قال يعود الدين الى ذمة المحيل كما كان وقال لا توى على مال امرئ مسلم ولفظ الاسرار قال اذا توي المال على المحال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم وذكر محمد في الاصل عن شريح مثل ذلك و ان الحديثان متعارضان فان كانا صحيحين او لم يثبتا فقد تكافأ و اختلف عبارتهم في كيفية العود فقيل تفسخ الحوالة اي يفسخها المحتال ويعاد الدين كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا قيل ينفسخ ويعود الدين كالمبيع اذا هلك قبل القبض وقيل في الموت عن افلاس ينفسخ ويعود الدين وفي الجحود يفسخ ويعاد في طريقة الخلاف قالوا لو مات المحيل والمحال عليه مفلسين لا يرجع فكذا ما نحن فيه قلنا لا نسلم بل له الرجوع الا انه سقطت المطالبة بالاعسار ولهذا كل ما ظهر لاحدهما مال اخذه كما في الكفيل والمكفول عنه اذا ماتا مفلسين تبطل الكفالة ثم لا تدل على ان المطالبة لا تثبت حالة حياة المكفول عنه وقالوا مال الحوالة جعل كالمقبوض لانه لو لم يكن كالمقبوض لادى الى الافتراق عن دين بدين ولانه تجوز الحوالة براس مال السلم والصرف ولولا انه كالمقبوض لم تجز الحوالة واذا مات المحيل مفلسا لا يكون المحتال اسوة للغرماء واذا كان كالمقبوض لا يرجع قلنا ليس كالمقبوض ولا يجوز للمحتال ان يشتري شيئا من غير المحتال عليه كما يجوز ان يشتري به من المحتال عليه وقولهم لو لم يكن كالمقبوض صار دينا بدين انما يلزم لو كان القصد منه المعاوضة وليس كذلك كالقرض واما الصرف والسلم فحجة لنا لانه لو كان كالمقبوض لجاز ان يتفرقا عن المجلس من غير قبض وليس كذلك فانه اذا احال بهما فلو افترقا من غير قبض لفسد العقد ولو كانت الحوالة قبضا لكان هذا افتراقا بعد القبض فلا يفسد العقد واما كون المحتال لا يصير اسوة للغرماء اذا مات المحيل ولا مال له سوى ما على المحتال عليه فممنوع قال في الجامع الكبير ولو ان المحتال آخر الحويل سنة ثم مات المحيل وعليه دين آخر سوى دين المحتال يقسم دينه على الحويل بين المحتال وبين الغرماء بالحصص لان هذا مال المحيل ولم يصر بالحوالة ملكا للمحتال لان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتصور لكن تعلق به حق المحتال وبهذا لا يصير المحتال اخص به ما لم يثبت اليد بدليل ان العبد الماذون اذا كان له على انسان دين تعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه ثم لو وجب بعد ذلك دين آخر كان رقبته وكسبه بين الكل بالحصص انتهى واذا عرفت انه يرجع بالتوى بين التوى بقوله والتوى عند ابي حنيفة بكل من امرين اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة عليه للمحتال وللمحيل فقوله له يعني لكل من المحيل والمحتال او يموت مفلسا لا مال له عينا ولا دينا ولا كفيل عنه بدين المحتال وعندهما بهذين ووجه آخر وهو ان يحكم حاكم بافلاسه وهذا بناء على ان تفليس القاضي يصح عندهما وعنده لا يصح لانه لا يتوهم ارتفاعه بحدوث مال له فلا يعود وتفليس القاضي على المحيل والتوى التلف يقال منه توي بوزن علم يتوى وفي تو ونا و ولو قال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ففي الشافي

قال واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله الا بحجة وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان المحيل يدعي عليه دينا وهو منكر والقول للمنكر ولا يكون الحوالة اقرارا منه بالدين عليه لانها قد تكون بدونه **قال** واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال لا بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه **قال** ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء فان هلكت برئ لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا

والمبسوط القول للطالب مع اليمين على العلم لانه يتمسك بالاصل وهو العسرة لو كان حيا فزعم انه مفلس فالقول له فكذلك بعد موته وفي شرح الناصحي القول للمحيل مع اليمين لانكاره عود الدين **قوله** واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل انما احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وعليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق في حقه وهو قضاء دينه بامره الا ان المحيل يدعي دينا عليه وهو منكر والقول للمنكر ولا يقال قبول الحوالة من المحتال عليه اقرار بالدين عليه لانا نقول ليس من ضرورة قبول الحوالة ذلك بل قد يكون بما عليه وهو المقيدة وقد تكون مطلقة والمطلقة هي حقيقة الحوالة اما المقيدة فوكالة بالاداء من وجه القبض واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به وقال اني احلتك لتقبضه لي فقال محتال بل احلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل لان المحتال يدعي عليه اي على المحيل دينا وهو منكر فالقول له لان فراغ الذمة هو الاصل وبه قال الشافعي في وجه وفي وجه آخر القول للطالب لان الحوالة بالدين ظاهر انما قاله المحيل توكيل فهو خلاف الظاهر وهو قول احمد وقول المصنف ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه جواب عنه وهو بناء على تساويهما في الاستعمال ومنع كونها بالدين اظهر فالحوالة متواطئ فيهما والافادة مجاز متعارف فيخص قولهما فان الحقيقة عند ابي حنيفة مقدمة على المجاز المتعارف وقد تكلف شمس الائمة حين استبعد التواطئ وتقديم المجاز المتعارف فحملها على ما اذا استوفى المحتال الالف المحال بها وقد كان المحيل باع متاعا من المحتال عليه بهذه الالف فيقول المحتال كان المتاع ملكي وكنت وكيلا في بيعه عني والمقبوض مالي ويقول المحيل كان المتاع ملكي وانما بعته لنفسي فالقول للمحيل لان اصل المنازعة وقع بينهما في ملك ذلك المتاع واليد كان للمحيل فالظاهر انه له انتهى وظاهره تخصيص المسئلة بنحو هذه الصورة وليس كذلك بل جواب المسئلة مطلق في سائر الامهات والحق انه لا حاجة الى ذلك بعد تجويز كون لفظ احلتك بالف بها او بالف للمحيل لان ثبوت الدين على الانسان لا يمكن بمثل هذه الدلالة بل لا بد من القطع بها من جهة اللفظ او دلالة مثل له علي او في ذمتي لان فراغ الذمة كان ثابتا بيقين فلا يلزم فيه ضرر شغل ذمته الا بمثله من اللفظ ومنه نحو قوله اتزنها في جواب لي عليك الف للتيقن بعوده الضمير في اتزنها على الالف المدعاة بخلاف مجرد قوله احلتك **قوله** ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء لتيسير ما يقتضي به وحضوره بخلاف الدين عليه فان هلكت برئ المحتال عليه وهو المودع لتقيدها بها اي لتقييد الحوالة بالوديعة التي هلكت فانه اي الرجل ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت الحوالة مقيدة بعين مغصوب عرض او الف مثلا دراهم فانه اذا هلك المغصوب المحال به لا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال عليه لان الواجب على الغاصب رد العين فان عجز رد المثل او القيمة فاذا هلك في يد الغاصب المحال عليه لا يبرأ لان له خلفا والفوات الى خلف كلا فوات فبقيت متعلقة بخلفه فيرد خلفه على المحتال وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا بان يحيل بدينه الذي له

ومنها المقيدة في هذه الحوالة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقيت له مطالبة به فيأخذه منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل الحوالة باخذ ما عليه او ما عنده

على فلان المحال عليه فصارت المقيدة بالتفصيل ثلاثة اقسام مقيدة بعين امانة وبعين مضمونة وبدين فلس وحكم المقيدة في هذه الجملة اعني الاقسام الثلاثة ان لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين ولا بذلك الدين لان الحوالة لما قيدت بها تعلق حق الطالب به وهو استيفاء دينه منه على مثال الرهن واخذ المحيل يبطل هذا الحق فلا يجوز فلو دفع المحال عليه العين او الدين الى المحيل ضمنه للطالب لانه استهلك ما تعلق به حق المحتال كما اذا استهلك الرهن احد ضمنه للمرتهن لانه يستحقه ولما كان تشبيه المصنف بالرهن قياسا دربته انه لو هلك المحيل وعليه دين آخر غير دين المحتال ينبغي ان يختص المحتال بذلك الدين الذي احيل به او العين وليس كذلك بينه المصنف فقال وان كان اي المحتال اسوة للغرماء فيه بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقي للمحيل حق المطالبة بما احال به من الدين او العين فيأخذ منه لبطلت الحوالة والواقع انها حق المحتال فليس له ان يبطل حقه وترك الفرق بين الرهن والمحال به دينا او عينا والفرق ما قدمنا وانه وان كان حق المحتال متعلقا بالعين المخصوصة او الدين كما يتعلق حق الدائن بالرهن المعين لكن ليس له يد ولا ملك والمرتهن له يد ثابتة مع الاستحقاق فكان له زيادة اختصاص اذا كان المحتال اسوة الغرماء فلو قسم ذلك الدين او العين بين غرماء المحيل واخذ المحتال حصته لا يكون له ان يرجع على المحال عليه ببقية دينه وهو ظاهر لتقييد الحوالة بذلك المقسم هذا ومن احكام المقيدة الحوالة المقيدة بالدين او العين انه لو ابرأ المحتال المحتال عليه صح الابراء وكان للمحيل ان يرجع على المحال عليه بدينه ولو وهب المحتال دينه من المحتال عليه او مات المحتال له وورثه المحتال عليه لا يكون للمحيل ان يرجع على المحتال عليه والفرق ان الهبة من اسباب الملك وكذا الارث فملك المحتال عليه ما في ذمته بالهبة وكذا بالارث فهو كما لو ملكه بالاداء ولو ادى لا يرجع المحيل عليه فكذا اذا ملكه بالهبة بخلاف الابراء فانه في الاصل موضوع للاسقاط فلا يملك به المحتال عليه ما في ذمته وانما خرج به عن ضمانه للمحتال دينه وهو الشاغل لدين المحيل فيبقى دين المحيل على المحتال عليه بلا شاغل فيرجع به عليه وقوله بخلاف المطلقة متصل بقوله لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه بالعين المحال به والدين والحاصل ان الحوالة قسمان مقيدة كما ذكرنا ومطلقة وهو ان يقول المحيل للطالب احلتك بالالف التي لك علي على هذا الرجل ولم يقيد بعوده من المال الذي لي عليه فاذا احال كذلك وله عند ذلك الرجل وديعة او مغصوبة او دين كان له ان يطالب به لانه اي الشأن لا تعلق لحق المحتال به اي بذلك الدين او العين لوقوعها مطلقة عنه بل بذمة المحتال عليه وفي الذمة سعة فبأخذ دينه او عينه من المحتال عليه لا تبطل الحوالة وما عليه يرجع اي الدين او الغصب او عنده يرجع الى الوديعة ومن المطلقة ان يحيل على رجل ليس له عنده ولا عليه شيء وتنقسم المطلقة الى حالة ومؤجلة فالحالة ان يحيل الطالب بالف وهي على المحيل حالة فتكون على المحتال عليه حالة لان الحوالة لتحويل الدين فيتحول بالصفة التي هي على الاصيل وليس للمحتال عليه ان يرجع على الاصيل قبل ان

الى ويكره السفاتج وهي قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى الرسول عليه السلام عن قرض جر نفعا

كتاب ادب القاضي

ولكن له اذا الوزم ان يلازمه واذا حبس ان يحبسه والمطلقة المؤجلة له على رجل الف الى سنة فاحال الطالب عليه الى سنة كانت عليه الى ولو حصلت الحوالة مبهمة لم يذكره محمد وقالوا ينبغي ان تثبت مؤجلة كما في الكفالة لانه يتحمل ما على الاصيل باي صفة كان فلو مات المحيل لم يحل المال على المحتال عليه لان حلول الاجل في حق الاصيل لاستغنائه عن الاجل بموته ولا يتاتى ذلك في حق المحتال عليه لانه حي محتاج الى الاجل ولو حل عليه انما يحل بناء على حلوله على الاصيل فلا وجه له لان الاصيل برئ عن الدين في احكام الدنيا والتحق بالاجانب ولو مات المحال عليه قبل الاجل والمحيل حي حل المال على المحتال عليه لاستغنائه عن الاجل بموته فان لم يترك وفاء يرجع الطالب على المحيل الى اجله لان الاجل سقط حكما للحوالة وقد انتقضت الحوالة بموت المحتال عليه مفلسا فينتقض ما في ضمنها وهو سقوط الاجل كما لو باع المديون بدين مؤجل عبدا من الطالب ثم استحق العبد عاد الاجل لان سقوط الاجل كان بحكم البيع وقد انتقض كذا ههنا قوله ويكره السفاتج جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء وهو تعريب سفته وهو الشي المحكم سمي هذا القرض به لاحكام امره وصورته ان يدفع في بلدة الى تاجر قرضا ليدفعه الى صديقه او وكيله مثلا في بلدة اخرى ليستفيد به من خطر الطريق لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض جر نفعا وروى الحارث بن ابي اسامة في مسنده عن حفص بن حمزة انبأنا سوار بن مصعب عن عمارة الهمداني قال سمعت عليا رض يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل قرض جر نفعا فهو ربا وهو ضعيف لسوار بن مصعب قال عبد الحق متروك وكذا قال غيره ورواه ابو الجهيم في جزئه المعروف عن سوار ايضا واخرج ابن عدي في الكامل عن جابر بن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم السفتجة حرام واعله بعمرو بن موسى بن وجيه ضعفه البخاري والنسائي وابن معين وذكره ابن الجوزي في الموضوعات واحسن ما ههنا ما عن الصحابة والسلف ما رواه ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا خالد الاحمر عن حجاج عن عطاء قال كانوا يكرهون كل قرض جر منفعة وفي الفتاوى الصغرى وغيرها ان كان السفتج مشروطا في القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد وان لم يكن مشروطا جاز وصورة الشرط ما في الواقعات رجل اقرض رجلا مالا على ان يكتب له بها الى بلد كذا فانه لا يجوز وان اقرضه بغير شرط وكتب جاز وكذا لو قال اكتب لي سفتجة الى موضع كذا على ان اعطيك ههنا فلا خير فيه وروي عن ابن عباس ذلك الا ترى انه لو قضاه احسن مما له عليه لا يكره اذا لم يكن مشروطا قالوا انما يحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف ظاهر فان كان يعرف ان ذلك يفعل كذلك فلا والذي يحكى عن ابي حنيفة انه لم يقع في ظل جدار غريمه فلا اصل له لان ذلك لا يكون انتفاعا بملكه كيف ولم يكن مشروطا ولا متعارفا وانما اورد القدوري هذه المسئلة ههنا لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة والله اعلم

كتاب ادب القاضي

لما كان اكثر المنازعات في الديون والبياعات والمنازعات تحتاج الى قطعها اعقبها بما هو القاطع لها وهو القضاء والادب الخصال الحميدة والقاضي يحتاج اليها فافادها وهو ان ذكر ما ينبغي للقاضي ان يفعله ويكون عليه وسميت الخصال الحميدة ادبا لانها تدعو الى الخير والادب في الاصل من الادب بسكون الدال هو الجمع والدعاء وهو ان يجمع الناس وتدعوهم الى طعامك يقال منه ادب زيد يادب ادبا

قال ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد اما الاول فلان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء

بوزن ضرب يضرب ضربا اذا دعاه الى طعامه فهو آدب والمأدبة الطعام المصنوع المدعو اليه ومنه قول طرفة بن العبد يمدح قومه بني بكر بن وائل ورثوا السودد عن آبائهم ثم سادوا وسدوا وعبير زمن نحن في المشتاة ندعو الجفلى لا ترى الآدب فينا ينتقر ومنه ما ذكر ابو عبيد في قول ابن مسعود ان هذا القران مأدبة الله فمن دخل فيه فهو آمن وروى عنه ايضا مأدبة الله فتعلموا من مأدبته بفتح الدال اي تأديبه كان الاصمعي يحملها اللغتين قال ابو عبيد لم اسمع احدا يقول هذا غيره واما القضاء فقال ابن قتيبة يستعمل لمعان كلها ترجع الى الختم والفراغ من الامر يعني باكماله وفي الشرع يراد به الالزام يقال للحكم وهو منع الظالم عن الظلم من الحكمة التي تجعل في رأس الفرس واما وصف القضاء ففرض كفاية فلو امتنع الكل اثموا والسلطان ان يكره من يعلم قدرته عليه لانه لابد من ايصال الحقوق الى اربابها بالزام المانعين منها ولا يكون ذلك الا بالقضاء وقد امر الله به نبيه صلى الله عليه وسلم بقوله وان احكم بينهم بما انزل الله اليك وقبله صلى الله عليه وسلم داود بقوله تعالى فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى وبعث صلى الله عليه وسلم عليا رضي قاضيا على اليمن ومعاذا رضي وقال له بم تقضي فقال له بكتاب الله قال فان لم تجد قال فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فان لم تجد قال اجتهد رائي فاقره وعليه اجماع المسلمين قوله لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد هذا لفظ القدوري وذكر المولى على لفظ المفعول للاشعار بانه القي عليه الفصل من غير طالب له منه كما هو الاولى اما الاول وهو انه لابد ان يكون من اهل الشهادة فلان حكم القاضي يستقى من حكم الشهادة يعني كلا من القضاء والشهادة يعتمد من امر واحد هو شروط الشهادة من الاسلام والبلوغ والعقل والحرية وكونه غير اعمى ولا محدود في قذف والكل فيه ان يكون عفيفا عالما بالسنة وبطريق من كان قبله من القضاة فرع قلد عبد فعتق جاز ان يقضي بتلك الولاية من غير حاجة الى تجديد كما لو تحمل الشهادة حال الرق ثم عتق كذا في الخلاصة في اول كتاب القضاء وذكر بعده ورقة ولو قلد قضاء مصر صبي فادرك ليس له ان يقضي بتلك الامر ولو قلد كافر القضاء فاسلم قال محمد هو على قضائه ولا يحتاج الى توليه ثانية فصار الكافر كالعبد والفرق ان كلا منهما له ولاية وبه مانع وبالعتق والاسلام يرتفع اما الصبي فلا ولاية له اصلا وما في الفصول لو قال الصبي او كافر اذا ادركت فصل بالناس او اقض بينهم جاز ولا يخالف ما ذكر في الصبي لان هذا تعليق الولاية والمعلق معدوم قبل الشرط ولو تقدم تنجيز واذا لم تصح ولاية الصبي قاضيا لا يصح سلطانا فما في زماننا من توليه ابن صغير للسلطان اذا مات ففي فتاوى النسفي صرح بعدم ولايته فان ينبغي ان يكون الاتفاق على وال عظيم يصير سلطانا ويقلد القضاء ومنه يخبر انه يصير نفسه تبعا لابن السلطان تعظيما وهو السلطان في الحقيقة انتهى ومقتضى هذا انه يحتاج الى تجديد بعد بلوغه وهذا الا يكون الا اذا عزل ذلك الوالي العظيم نفسه من السلطنة وذلك لان السلطان لا ينعزل الا بعزله نفسه وهذا غير واقع واما الذكورة فليست بشرط الا للقضاء في الحدود والدماء فتقضي المرأة في كل شيء الا فيها وقد اختلف في قضاء الفاسق فاكثر الائمة على انه لا يصح ولايته كالشافعي وغيره كما لا تقبل شهادته وعن علمائنا الثلاثة في النوادر مثله لكن الغزالي قال اجتماع هذه الشروط من العدالة والاجتهاد وغيرها متعذر في عصرنا لخلو العصر عن المجتهد والعدل فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وان كان جاهلا فاسقا وهو ظاهر المذهب وعندنا فلو قلد الفاسق الجاهل صح ويحكم بفتوى غيره ولكن لا ينبغي ان يقلد والحاصل انه ان كان في الرعية عدل عالم لا يحل توليته من ليس كذلك ولو صح مثال شهادة الفاسق لا يحل قبولها وان قبل نفذ الحكم بها وفي غير موضع ذكر الاولوية يعني الاولى ان لا تقبل شهادته

(و) الفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح إلا أنه لا ينبغي أن يقلد كما في حكم الشهادة فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته
ولو قبل جاز عندنا ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه
مشايخنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا يقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر أنه لا يجوز قضاؤه

وإن قبل جاز ومقتضى الدليل أن لا يحل أن يقضي بها فإن قضى جاز ونفذ ولو كان عدلا ففسق بعد الولاية فولي ففسق وجار بأخذ
الرشوة وغيرها من أسباب الفسق لا ينعزل ويستحق العزل هذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا البخاريون
والسمرقنديون ومعنى يستحق العزل أنه يجب على السلطان عزله ذكره في الفصول وقيل إذا ولي عدلا ثم فسق انعزل لأن
عدالته في معنى المشروط في ولايته لأنه حين ولاه عدلا اعتمد عدالته فكانت ولايته مقيدة بعدالته فتزول بزوالها ولا يلزم
انه لو لزم ذلك انعزل فإن الولاية تقبل التقييد والتعليق بالشرط كما إذا قال له إذا وصلت إلى بلدة كذا فأنت قاضيها
وإذا وصلت إلى مكة فأنت أمير الموسم والإضافة بأن يقول جعلتك قاضيا في رأس الشهر ويستثنى منها كما يقول
جعلتك قاضيا إلا في قضية فلان أو لا تنظر في قضية كذا لكن لا يلزم ذلك إذ لا يلزم من اختيار ولايته لصلاحيته
تقييدها به على وجه تزول بزواله فلا ينعزل وبهذا التقرير اندفع المورد من أن البقاء أسهل من الابتداء وفي الابتداء
تجوز ولاية الفاسق وفي البقاء لا ينعزل والفقه أن الإمرة والسلطنة على عدم الانعزال بالفسق لأنها مبنية على القهر
والغلبة ثم الدليل على جواز التعليق للإمارة وإضافتها قوله صلى الله عليه وسلم حين بعث الناس إلى مؤتة وأمر عليهم زيد بن حارثة
إن قتل زيد فجعفر أميركم وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة وهذه القصة مما اتفق عليها جميع أهل السير والمغازي
ثم الرشوة أربعة أقسام منها ما هو حرام على الآخذ والمعطي وهو الرشوة على تقليد القضاء والإمارة ثم لا يصير قاضيا
الثاني ارتشاء القاضي ليحكم وهو كذلك حرام من الجانبين ثم لا ينفذ قضاؤه في تلك الواقعة التي ارتشى فيها سواء كان
بحق أو بباطل أما في الحق فلأنه واجب عليه فلا يحل أخذ المال عليه وأما في الباطل فأظهر وحكي في الفصول في نفاذ
قضاء القاضي فيما ارتشى فيه ثلاثة أقوال لا ينفذ فيما ارتشى فيه وينفذ فيما سواه وهو اختيار شمس الأئمة لا ينفذ فيهما
ينفذ فيهما وهو ما ذكره البزدوي رحمه الله وهو حسن لأن حاصل أمر الرشوة فيما إذا قضى بحق إيجابها فسقه وقد فرض أن الفسق لا يوجب
العزل فولايته قائمة وقضاؤه بحق فلم لا ينفذ وخصوص هذا الفسق غير مؤثر وغاية ما وجه به أنه إذا ارتشى عامل لنفسه أو ولده
يعني والقضاء عمل لله تعالى وارتشاء القاضي أو ولده أو من لا تقبل شهادته له أو بعض أعوانه سواء إذا كان بعلمه ولا فرق
بين أن يرتشي ثم يقضي أو يقضي ثم يرتشي وفيه لو أخذ الرشوة ثم بعث إلى شافعي ليقضي لا ينفذ قضاء الثاني
لأن الأول عمل في هذا لنفسه حين أخذ الرشوة وإن كان كتب إلى الثاني ليسمع الخصومة وأخذ مثل أجر الكتاب
صح حكم المكتوب إليه والذي قلد بواسطة الشفعاء كالذي قلد احتسابا في أنه ينفذ قضاؤه وإن كان لا يحل طلب
الولاية بالشفعاء والثالث أخذ المال ليسوي أمره عند السلطان دفعا للضرر أو جلبا للنفع وهو حرام على الآخذ
لا الدافع وحيلة حلها للآخذ أن يستأجره يوما إلى الليل أو يومين فتصير منافعه مملوكة ثم يستعمله في الذهاب إلى
السلطان للأمر الفلاني وفي الأقضية قسم الهدية وجعل هذا من أقسامها فقال حلال من الجانبين كالإهداء
للتودد وحرام من الجانبين كالإهداء ليعينه على الظلم حلال من جانب المهدي حرام على الآخذ وهو أن يهدي

وقال بعض المشائخ رحمهم الله اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بتقليده دونها وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وخبره غير مقبول في الديانات وقيل يصلح لانه يجتهد الفاسق حذار النسبة الى الخطاء واما الثاني فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية واما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله عليه وهو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه

ليكف عنه الظلم والحيلة ان يستاجره آخر وقال هذا اذا كان فيه شرط اما اذا كان الاهداء بلا شرط ولكن يعلم يقينا انه انما يهدي ليعينه عند السلطان فمشائخنا على انه لا باس به ولو قضى حاجته بلا شرط ولا طمع فاهدى اليه بعد ذلك فهو حلال لا باس به وما نقل عن ابن مسعود رضي الله عنه من كراهته فورع الرابع ما يدفع لدفع الخوف من المدفوع اليه على نفسه او ماله حلال للدافع حرام على الآخذ لان دفع الضرر عن المسلم واجب ولا يجوز اخذ المال لفعل الواجب وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وقد ظهرت خيانته للدين وقيل يستفتى لانه يجتهد كل الجهد حذار ان ينسبه فقهاء عصره الى الخطاء واما الثاني وهو اشتراط اهلية الاجتهاد فالصحيح انها ليست شرطا للولاية بل الاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا ويحكم بفتوى غيره خلافا للشافعي ومالك واحمد رحمهم الله وقولهم رواية عن علمائنا نص محمد في الاصل ان المقلد لا يجوز ان يكون قاضيا ولكن المختار خلافه قالوا القضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم قلنا يمكنه القضاء بفتوى غيره ومقصود القضاء وهو ايصال الحق الى مستحقه ودفع الظلم يحصل به فاشتراطه ضائع فالمراد بالعلم ليس بالقطع بصوابه بل ما يظنه المجتهد فانه لا قطع في مسائل الفقه واذا قضى بقول مجتهد فيه فقد قضى بذلك العلم وهو المطلوب وكون معاذ قال اجتهد رايي لا يلزم اشتراطه وانما لم يذكر معاذ الاجماع لانه لم يكن حجة في زمنه صلى الله عليه وسلم وقد قدمنا عن الغزالي توجيه خلافه فيقلد في هذا الزمان وفي بعض نسخ الهداية الاستدلال على تقليد المقلد بتقليد النبي صلى الله عليه وسلم عليا اليمن ولم يكن مجتهدا فليس بشيء فانه عليه الصلوة والسلام دعا له بان يهدي الله قلبه ويثبت لسانه فكان ببركة الدعاء رزق اهلية الاجتهاد فلا اشكال والا فقد حصل له المقصود من الاجتهاد وهو العلم والسداد وهذا غير ثابت في غيره وسنذكر سند حديث علي رضي الله عنه واعلم انما ذكر في القاضي ذكر في المفتي فلا يفتي الا المجتهد وقد استقر راي الاصوليين على ان المفتي هو المجتهد فاما غير المجتهد ممن يحفظ اقوال المجتهد فليس بمفت والواجب عليه اذا سئل ان يذكر قول المجتهد كابي حنيفة رضي الله عنه على جهة الحكاية فعرف ان ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى بل هو نقل كلام المفتي لياخذ به المستفتي وطريق نقله كذلك عن المجتهد احد امرين اما ان يكون له سند فيه اليه او ياخذ من كتاب معروف تداولته الايدي نحو كتب محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين لانه بمنزلة الخبر المتواتر عنهم او المشهور هكذا ذكر الرازي فعلى هذا لو وجد بعض نسخ النوادر في زماننا لا يحل عزو ما فيها الى محمد ولا الى ابي يوسف لانها لم تشتهر في عصرنا في ديارنا ولم تتداول نعم اذا وجد النقل عن النوادر مثلا في كتاب مشهور معروف كالهداية والمبسوط كان ذلك تعويلا على ذلك الكتاب فلو كان حافظ

وينبغي للمقلد ان يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه السلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين

فلا قائل بالمخالفة للمجتهدين ولا يعرف الحجة ولا قدرة له على الاجتهاد للترجيح لا يقطع بقول منهما يفتي به بل يحكيهما للمستفتي فيختار المستفتي ما يقع في قلبه انه الاصوب ذكره في بعض الجوامع وعندي انه لا يجب عليه حكاية كلهما بل يكفيه ان يحكي قولا منهما فان المقلد له ان يقلد اي مجتهد شاء فاذا ذكر احدهما فقلده حصل المقصود نعم لا يقطع عليه فيقول جواب مسئلتك كذا بل يقول قال ابو حنيفة رح حكم هذا كذا نعم لو حكى الكل فالاخذ بما يقع في قلبه انه اصوب اولى والعامي لا عبرة بما يقع في قلبه من صواب الحكم وخطائه وعلى هذا اذا استفتى فقيهين اعني مجتهدين فاختلفا عليه الاولى ان ياخذ بما يميل اليه قلبه منهما وعندي انه لو اخذ بقول الذي لا يميل اليه قلبه جاز لان ميله وعدمه سواء والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل اصاب ذلك المجتهد او اخطأ وقالوا المنتقل من مذهب الى مذهب باجتهاد وبرهان آثم يستوجب التعزير فبلا اجتهاد وبرهان اولى ولا بد ان يراد بهذا الاجتهاد معنى التحري وتحكيم القلب لان العامي ليس له اجتهاد ثم حقيقة الانتقال انما تتحقق في حكم مسئلة خاصة قلد فيه وعمل به والا فقوله قلدت ابا حنيفة رح فيما افتى به من المسائل مثلا والتزمت العمل به على الاجمال وهو لا يعرف صورها ليس حقيقة التقليد بل هذا حقيقة تعليق التقليد او وعد به كانه التزم ان يعمل بقول ابي حنيفة فيما يقع له من المسائل التي تتعين في الوقائع فان ارادوا هذا الالتزام فلا دليل على وجوب اتباع المجتهد المعين بالزامه نفسه ذلك قولا او نية شرعا بل الدليل اقتضى العمل بقول المجتهد فيما احتاج اليه بقوله تعالى فاسئلوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون والسؤال انما يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعينة وحينئذ اذا ثبت عنده قول المجتهد وجب عمله به والغالب ان مثل هذه الزامات منهم لكف الناس عن تتبع الرخص والا اخذ العامي في كل مسئلة بقول مجتهد اخف عليه و انا لا ادري ما يمنع هذا من النقل والعقل فكون الانسان يتبع ما هو اخف على نفسه من قول مجتهد سوغ له الاجتهاد ما علمت من الشرع ذمه عليه وكان صلى الله عليه وسلم يحب ما خفف عن امته والله سبحانه اعلم بالصواب قوله وينبغي للمقلد وهو من له ولاية التقليد ان يختار من هو اقدر واولى لديانته وعفته وقوته ودون غيره ويرزقه من بيت المال ولا باس للقاضي ان ياخذ وان كان غنيا شرعا وان احتسب فهو افضل والاصل فيه قوله تعالى في ولي اليتيم اذا عمل الوصي ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فلياكل بالمعروف وذكر عن عمر رضي الله عنه انه كان يرزق سليمان ابن ربيعة الباهلي عن القضاء كل شهر خمسمائة درهم لانه فرغ نفسه لعمل المسلمين فكانت كفايته وعياله عليهم قالوا و كان عمر رضي الله عنه رزق شريحا كل شهر مائة درهم ورزقه علي خمسمائة وذلك لقلة عياله في زمن عمر رضي الله عنه وخص السعر وكثرة عياله في زمن علي رضي الله عنه وغلاء السعر فرزق القاضي لا يتقدر بشيء لانه ليس باجر لانه لا يحل على القضاء وانما يختار الاولى بقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه الحاكم في المستدرك عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من استعمل رجلا على عصابة وفي تلك العصابة من هو ارضى لله تعالى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وقال صحيح الاسناد وتعقب بحسين بن قيس

لفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه حاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل ان يكون صاحب قريحة مع ذلك يعرف بها عادات الناس لان من الاحكام ما يبتني عليها

قال ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدي فرضه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف

بانه ضعيف وضعف العقيلي وقال انما يعرف هذا من كلام عمر بن الخطاب رضه واخرجه الطبراني من غير هذا الطريق حسين بن قيس عن ابن عباس رضه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تولى من امر المسلمين شيئا فاستعمل رجلا وهو يعلم ان فيهم من هو اولى بذلك واعلم منه بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وروى ابو يعلى الموصلي في مسنده عن حذيفة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل استعمل رجلا على عشرة انفس وعلم ان في العشرة من هو افضل منه فقد غش الله ورسوله وجماعة المسلمين والذي له ولاية التقليد الخليفة والسلطان الذي نصبه الخليفة واطلق له التصرف وكذا الذي ولاه السلطان ناحية وجعل خراجها واطلق له التصرف فان له ان يولي ويعزل لكنه قالوا لا بد من ان لا يصرح له بالمنع او يعلم ذلك بعرفهم فان نائب الشام وحلب في ديارنا يطلق لهم التصرف في الرعية والخراج ولا يولون القضاة ولا يعزلون ولو ولى لحكم المولى ثم جاء بكتاب السلطان لا يكون ذلك امضاء للقضاء والحرية شرط في السلطان وفي التقليد بالاصالة لا بطريق النيابة فان السلطان اذا امر عبده على ناحية وامره بنصب القاضي جاز فان نصبه كنصب السلطان بنفسه **قوله** وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه وحاصل ذلك الكلام ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه والفرق بين القولين ان على الاول نسبته الى معرفة الحديث اكثر من معرفته بالفقه وفي الثاني عكسه ثم ان المصنف رتب على الاول كونه يعرف معاني الآثار والمراد بمعاني الآثار المعاني التي هي مناطات الاحكام الدالة عليها الفاظ الحديث وعلى الثاني سلامته من القياس مع معارضة النص وقد وقع التصريح بانهما قولان ولا شك في ذلك لانحا منشاؤه ان لا ان كونه ادرى بالحديث من الفقه فيها وكونه ادرى بالفقه من الحديث وانت تعلم ان المجتهد يحتاج الى الامرين جميعا من تحرزه من القياس في معارضة النص ومعرفة معاني الآثار ليتمكن من القياس فالوجه ان يقال صاحب حديث وفقه ليعرف معاني الآثار ويمتنع عن القياس بخلاف النص والحاصل ان يعلم الكتاب والسنة باقسامهما من عبارتهما واشارتهما ودلالتهما واقتضائهما وباقي الاقسام ناسخهما ومنسوخهما ومناط احكامهما وشروط القياس والمسائل المجمع عليها لئلا يقع في القياس في مقابلة الاجماع واقوال الصحابة لانه قد يقدمه على القياس فلا يقيس في معارضة قول الصحابي ويعلم عرف الناس وهذا قوله وقيل ان يكون صاحب قريحة الخ فهذا القيد لا بد منه في المجتهد فمن اتقن هذه الجملة فهو اهل للاجتهاد فيجب عليه ان يعمل باجتهاده وهو ان يبذل جهده في طلب الظن بحكم شرعي عن هذه الادلة ولا يقلد احدا **قوله** ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه ان يؤدي فرضه لان الصحابة رضوان الله تعالى عليهم تقلدوه ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف اما ان الصحابة تقلدوه فحديث بعاذ معروف وكذا علي رضي الله عنهما كرواية ابي داؤد عن علي رضه قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن قاضيا فقلت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ترسلني وانا حديث السن ولا علم لي

قال: ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطا لمباشرته القبيح، وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلام من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين، والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا في إقامة العدل، والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه ولا يوفق له أو لا يعينه عليه غيره، ولا بد من الإعانة إلا إذا كان هو الأهل للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد وإخلاء للعالم عن الفساد

بالقضاء فقال إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء، قال فما زلت قاضيا وما شككت في قضاء بعد، رواه أحمد وإسحق بن راهويه والطيالسي والحاكم وقال صحيح الإسناد، وأخرج ابن ماجه وفيه فضرب صدري وقال اللهم اهد قلبه وثبت لسانه قال فما شككت الحديث، وصححه أيضا الحاكم في المستدرك أيضا عن ابن عباس رضي الله عنه قال بعث النبي صلى الله عليه وسلم عليا رضي الله عنه إلى اليمن فقال علمهم الشرائع واقض بينهم الحديث وصححه، ثم قلد عمر رضي الله عنه شريحا الإمام، وأما أنه فرض كفاية فقد قدمناه غير أن مقتضاه أن يكون الدخول فيه مستحبا، وعبارة لا بأس أكثر استعمالها في المباح وتركه أولى، وحاصل ما هنا أنه إن لم يأمن على نفسه الحيف أي الجور وعدم إقامة العدل كره له الدخول كراهة تحريم لأن الغالب الوقوع في محظوره، وإن أمن أبيح رخصة والترك هو العزيمة لأنه وإن أمن فالغالب هو خطأ ظن من ظن من نفسه الاعتدال فيظهر منه خلافه فهو أخرج عن الاستحباب، هذا إذا لم تنحصر الأهلية فيه وإن انحصر صار فرض عين عليه، وعليه ضبط نفسه إلا إن كان السلطان ممن يمكن أن يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك. وحديث من ولي القضاء فكأنما ذبح بغير سكين أخرجه أصحاب السنن الأربعة من حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين، حسنه الترمذي، وأخرجه ابن عدي في الكامل من حديث ابن عباس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من استقضى فقد ذبح بغير سكين، وحكي أن بعض القضاة استخف بهذا الحديث ثم دعا من يسوي لحيته فبينما هو يحلق تحت لحيته في حلقومه إذ عطس القاضي فألقى الموسى رأسه، وقد جاء في التحذير من القضاء آثار، وقد اجتنبه أبو حنيفة رحمه الله وصبر رحمه الله على الضرب والسجن حتى مات في السجن، وقال البحر عميق فكيف أعبره بالسباحة، فقال أبو يوسف رحمه الله البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم، فقال أبو حنيفة رحمه الله كأني بك قاضيا، وقوله أي أبي حنيفة رحمه الله كقوله أي أبي قلابة ما وجدت القاضي إلا كسابح في بحر فكم يسبح حتى يغرق، وكان دعي للقضاء فهرب حتى أتى الشام فوافق موت قاضيها فهرب حتى أتى اليمامة، فاجتنبه كثير من السلف، وقيد محمد بن الحسن رحمه الله نيفا وثلاثين يوما أو نيفا وأربعين يوما ليتقلده، وقد أخرج مسلم عن أبي ذر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له يا أبا ذر إني أحب لك ما أحب لنفسي لا تأمرن على اثنين ولا تولين مال اليتيم، وأخرج أبو داود عن ابن بريدة عن أبيه رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاة ثلاثة اثنان في النار وواحد في الجنة، رجل عرف الحق فقضى به فهو في الجنة، ورجل عرف الحق فلم يقض به وجار في الحكم فهو في النار، ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهو في النار، وفي صحيح ابن حبان عن عائشة رضي الله عنها قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يدعى بالقاضي العادل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى أنه لم يقض بين اثنين في عمره، وأخرج الحاكم عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ولي عشرة فحكم بينهم بما أحبوا أو كرهوا جيء به يوم القيامة مغلولة يده إلى عنقه فإن حكم بما أنزل الله ولم يرتش في حكمه ولم يحف فك الله عنه غلته، وإن حكم بغير ما أنزل الله وارتشى في حكمه وحابى فيه

قال وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا من معاوية والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوا من الحجاج وهو كان جائرا الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه

شدت يساره الى يمينه ثم رمي به في جهنم وروى النسائي عن مكحول لو خيرت بين ضرب عنقي وبين القضاء لاخترت ضرب عنقي واخرج ابن سعد في الطبقات قال استعمل ابو الدرداء على القضاء فاصبح الناس يهنؤنه بالقضاء فقال اتهنوني بالقضاء وقد جعلت على راس مهواة منزلتها ابعد من عدن ابين واما في البخاري سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل الا ظله امام عادل فلا ينافي مجيئه اولا مغلولة يده الى ان يطلقها عدله فيظله في ظله فلا تعارض **قوله** وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله صلى الله عليه وسلم من طلب القضاء وكل الى نفسه الخ اخرجه ابو داود والترمذي وابن ماجه من حديث انس رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من سال القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل اليه ملك يسدده ولفظ ابي داود من طلب القضاء فاستعان عليه واخرجه الترمذي ايضا عن انس مرفوعا من ابتغى القضاء وسال فيه شفعاء وكل الى نفسه ومن اكره عليه انزل الله عليه ملكا يسدده وقال حسن غريب وهو اصح من حديث اسرائيل يريد السند الاول واصح من الكل حديث البخاري قال صلى الله عليه وسلم يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الامارة فانك ان اوتيتها عن مسألة وكلت اليها وان اوتيتها من غير مسألة اعنت عليها واذا كان طلب الولاية ان يوكل الى نفسه وجب ان لا يحل لعجز معلوم ووقوع الفساد منه لانه مخذول **قوله** ويجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية رضي الله عنه والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوا من الحجاج هذا تصريح بجور معاوية والمراد في خروجه لا في قضيته ثم انما يتم اذا ثبت انه ولى القضاء قبل تسليم الحسن رضي الله عنه واما بعد تسليمه فلا ويسمى ذلك العام عام الجماعة واستقضى معاوية ابا الدرداء بالشام وبها مات وكان معاوية استشاره فيمن يولي بعده فاشار عليه بفضالة بن عبيد الانصاري فولاه الشام بعده وقوله في نوبته على الذي ذكرنا المصرح بكونه رابعا بعد زمان وتقييد بنوبته احترازا عن قول الروافض انه كان احق بها في سائر النوب حتى من ابي بكر وانما كان الحق معه في تلك النوبة لصحة بيعته وانعقادها فكان على الحق في قتال اهل الجمل وقتال معاوية بصفين وقوله عليه الصلاة والسلام لعمار تقتلك الفئة الباغية وقد قتله اصحاب معاوية يصرح بانهم بغاة ولقد اظهرت عائشة رضي الله عنها الندم كما اخرجه ابن عبد البر في الاستيعاب قال قالت عائشة لابن عمر يا ابا عبد الرحمن ما منعك ان تنهاني عن مسيري قال رايت رجلا غلب عليك يعني ابن الزبير فقالت اما والله لو نهيتني ما خرجت واما الحجاج فحاله معروف في تاريخ البخاري بسنده عن ابي اسحق قال كان ابو بردة بن ابي موسى على قضاء الكوفة فعزله الحجاج وجعل اخاه مكانه واسند في موضع آخر عن عمر قال استقضى الحجاج ابا بردة بن ابي موسى واجلس معه سعيد بن جبير ثم قتل سعيد بن جبير ومات الحجاج بعده بستة اشهر في تاريخ اصبهان للحافظ ابي نعيم عبد الله بن ابي مريم الاموي ولي القضاء باصبهان للحجاج ثم عزله الحجاج واقام محبوسا لو اسلمه فلما هلك الحجاج رجع الى اصبهان وتوفي بها قال ابن القطان في كتابه في باب الاستسقاء طلحة بن عبد الله بن عوف ابو محمد الذي يقال له طلحة الندى ابن اخي عبد الرحمن بن عوف تقلد القضاء من يزيد بن معاوية على المدينة وهو تابعي يروي عن ابن عباس وابي هريرة وابي بكرة رضي الله عنهم

قال ومن قلد القضاء يسأل عن ديوان القاضي الذي كان قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا ويبعث امينين ليقبضاها بحضرة المعزول او امينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا يشتبه على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام

وقوله الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق استثناء من قوله يجوز التقليد من السلطان الجائر لان المقصود لا يحصل من التقليد وهو ظاهر فيه اذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقليد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار في بلاد المغرب كقرطبة الآن وبلنسية وبلاد الحبشة واقروا المسلمين عندهم على مال يؤخذ منهم يجب عليهم ان يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا فيولي قاضيا او يكون هو الذي يقضي بينهم وكذا ينصبوا لهم اماما يصلي بهم الجمعة **فروع** في العزل للسلطان عزل القاضي بريبة وبلا ريبة ولا ينعزل حتى يبلغه العزل وينعزل نائبه بعزله بخلاف ما اذا مات القاضي لا ينعزل نائبه وكثير من المشايخ على ان النائب لا ينعزل بعزل القاضي لانه نائب السلطان وينعزل القاضي بعزل نفسه اذا بلغ السلطان وما لم يبلغه لا ينعزل كعزل الوكيل نفسه لا ينعزل حتى يبلغ الموكل وقيل لا ينعزل القاضي بعزل نفسه لان القضاء صار حقا للعامة فلا يملك ابطاله وعن ابي يوسف رح لا ينعزل بعزل السلطان حتى يأتي قاض آخر صيانة لحقوق الناس ومثله وصي القاضي اذا عزل نفسه يشترط علم القاضي ويجوز تعليق العزل بالشرط ومن صورة اذا كتب الخليفة اليه اذا وصل اليك كتابي هذا فانت معزول لا ينعزل حتى يصل اليه الكتاب ولم يجز ظهير الدين تعليق العزل وليس بشيء وينعزل خلفاء القاضي بموته ولا ينعزل امراء الخليفة ولو قلد رجل قضاء بلدة لها قاض بل ينعزل الاول وعن ابن اسيد لا ينعزل قال في الخلاصة وهو الاشبه ولو شرط في القضاء شرطا مثل ان لا يقبل امر احد فخالف انعزل وعن ابي حنيفة لا يترك القاضي على القضاء اكثر من سنة ثم يعزله ويقول له اشغلناك اذهب فاشتغل ثم ائتنا قوله ومن قلد القضاء يسأل اي اول ما يبدأ به من الاعمال هذا وهو ان يسأل ان يطلب من القاضي المعزول ديوانه ثم فسر ديوانه بانه الخرائط التي فيها السجلات وغيرها من كتب الاوقاف وكتب نصب الاوصياء والمحاضر والصكوك وتقدير النفقات للايتام وغيرهم مما اقتضاه الحال وانما يطلبه لانها انما وضعت عند القاضي ليكون حجة وثيقة محفوظة عند القاضي اذا وقعت الحاجة الى الحجة ومعرفة الاحوال فتجعل عند من له ولاية النظر في امورهم وما كانت عند الاول الا لانه كذلك ثم ان كان القاضي الذي كتب فيه ورقا من بيت المال او من باب ارباب القضايا فظاهر في بيت المال وكذا الآخر في الصحيح لانه رضي به لانه للقاضي لا لانه تملك الذات وقد انتقل الى القاضي وان كان ملك القاضي فكذلك في الصحيح لانه اتخذه تدينا ليحفظ به امور الناس وحاجاتهم لا تمولا ويبعث المولى اثنين او واحدا امامونا ليقبضاها بحضرة المعزول او من امينه ويسألانه لان اعني الامين المعزول شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة مثلا الصكوك في خريطة والنفقات في خريطة وكتب الاوقاف في خريطة ليكون اسهل تناولا بخلاف ما اذا خلط الكل فان في الكشف عنه حرج عسر اشتغاله وفي عرف ديارنا ليس عند القاضي صكوك الناس ولا الكتب اذ قد فهم بل اذا كان القاضي هو ناظر الوقف وهذا السؤال لكشف الحال لا ليلزم العمل بمقتضى اخبار من القاضي فانه التحق بسائر الرعايا بالعزل ثم اذا قبضاه ختما عليه خوفا من طرق التغيير واما ما قيل يكتبان فهو تضييع الوقت ومن صنعها فليس الى ذلك حاجة فان كتب لا فائدة

قال وينظر في حال المحبوسين لانه نصب ناظرا فمن اعترف بحق الزمه اياه لان الاقرار ملزم ومن انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة لاسيما اذا كانت على فعل نفسه فان لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه وينظر في امره لان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة او يعترف به من هو في يده لان كل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول لما بينا الا ان يعترف الذي هي في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال الا اذا بدأ بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضي فيسلم ما في يده الى المقر له الاول لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي

مشتملة على عدد الضياع الموقوفة والدور والحوانيت محدودة. قوله وينظر في حال المحبوسين فيبعث الى السجن من يحصيهم ويأتيه باسمائهم واخبارهم ويسأل المحبوس عن سبب حبسه لان القاضي ناظر في امور المسلمين وهؤلاء مسلمون محبوسون ولا بد ان يثبت عنده سبب يوجب حبسهم وثبوته عند الاول ليس بحجة يعتمد بها الثاني في حبس هؤلاء لان قول الاول لم يبق حجة فمن اعترف بحق الزمه اياه ورده الى السجن الا ان يبلغ المقر له الذي يخرج من السجن غيبه. واذا لم يثبت له مال وكذا من انكر وشهد الشهود عليه والقاضي يعرف هؤلاء الشهود بالعدالة فان لم يعرف عدالتهم اخذ منهم كفيلا واطلقهم حتى ينظر في حالهما فان ظهرت عدالة الشهود ردوا الى السجن اذا طلب الخصم ولو اخبر القاضي المعزول بسبب حبسهم لا يقبل لانه التحق بواحد من الرعايا وشهادة الفرد ليست حجة موجبة للعمل لاسيما وهو على فعل نفسه وبهذا قال الشافعي ومالك وقال احمد يقبل قوله بعد العزل كما قبل العزل لانه امين الشرع وعند مالك لا يقبل قوله قبل العزل ايضا الا بحجة واذا لم يقبل قول المعزول عليه ولم تقم بينة بما يوجب حبسه لا يعجل باطلاقه لان فعل القاضي ظاهرا ما كان الا بحق فيحتاط لخصمه الغائب فينادي عليه وصفته ان يامر كل يوم اذا جلس مناديا ينادي في محلته من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق فليأت الى القاضي يفعل ذلك اياما فاذا حضر وادعى وهو على جحوده ابتدأ الحكم بينهم وان لم يحضر اخذ منه كفيلا بنفسه اذ لعله محبوس بحق الغائب وامارته انه في حبس قاض والظاهر انه بحق فان قال لا كفيل لي وابى ان يعطي كفيلا وجب ان يحتاط نوعا آخر من الاحتياط فينادي شهرا فان لم يحضر احد اطلقه وقيل اخذ الكفيل هنا قولهما اما على قول ابي حنيفة فلا كما قال في اصحاب الميراث اذا اقتسموا على ما سيأتي والمختار ان اخذ الكفيل هنا اتفاق والفرق لابي حنيفة ان المال ظاهر الحق لهذا الوارث وفي ثبوت وارث آخر شك فلا يجوز تأخير حقه الى زمان حصول الكفيل لامر موهوم وهنا الظاهر ان حبسه بحق لظهور ان فعل القاضي بحق ولكنه مجهول فليس اخذ الكفيل لموهوم ولو قيل فبالنظر الى هذا الظاهر يجب ان لا يطلقه لقوله اني مظلوم حتى تمضي مدة يطلق فيها مدعي الاعسار كان جيدا. قوله وينظر في الودائع وارتفاع الاوقاف الكائنة تحت ايدي امناء القاضي والذي في ديارنا من هذا الزمان اموال الاوقاف تحت ايدي جماعة يوليهم القاضي النظر والمباشرة فيها والودائع للغياب تحت يد الذي يسمى امين الحكم فيعمل فيها على حسب ما تقوم به البينة انه لفلان او غير ذلك او يعترف الذي هو في يده ولا يقبل قول المعزول على من هو في يده اذا انكر وقال هي لي الا ببينة لما بينا انه التحق بواحد من الرعايا بخلاف القاضي لانه هو المخصوص بان يقبل قوله في الالزام حتى ان الخليفة الذي قلد القاضي لو اخبر القاضي انه شهد عنده الشهود بكذا لا ينفذه حتى يشهد عنده الخليفة مع آخر والواحد لا يقبل قوله الا ان يعترف الذي في يده ان القاضي المعزول سلمها اليه فح اما ان يقول سلمها الي ولا ادري لمن هي او يقول سلمها الي وقال هي لفلان بن فلان وهو الذي اقر له القاضي المعزول ففي هذين يقبل قول المعزول فيها لانه ثبت باقرار من في يده ان اليد فيها كانت للقاضي فيقبل اقرار القاضي فيها كما لو كانت في يده حال اخباره او يقول دفعها الي القاضي المعزول وهي لفلان وقال المعزول بل لفلان رجل آخر فالقول

قال ويجلس للحكم جلوساً ظاهراً في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وقال الشافعي رحمه الله يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه السلام انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد او يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة

ما قال المعزول دفعته الى من اقربه له لانه اقر باليد للقاضي فصار المال في يده ثم اقر انه لفلان فلا يصح اقراره او بدأ بالاقرار لفلان وقال هو لفلان بن فلان ثم قال رفعه الى القاضي ففي هذا يؤمر بالتسليم الى من اقر له الامين ويضمن مثله اذا كان مثليا او قيمته للمعزول فيدفعه المعزول الى من اقر به لانه لما بدأ بالاقرار صح اقراره ولزم لانه اقر بما هو في يده فلما قال دفعه الى القاضي فقد اقر ان اليد كانت للقاضي والقاضي يقربه لغير من اقر هو به له فيصير هو متلفا لذلك على من اقر له القاضي باقراره لغيره فلا يلزمه هذا واما لو شهد قوم انهم سمعوا القاضي الاول يقول استودعت فلانا مال فلان اليتيم وجحد من في يده او شهدوا على بيعه مال فلان اليتيم فانه يقبل ويؤخذ المال لمن ذكروا وكذا لو مات الاول واستقضى غيره فشهد بذلك نائبه هذا او شهد شاهدان ان القاضي قضى لفلان على فلان بكذا او قال القاضي لم اقض بشيء لا تجوز شهادتهما عند هما وتعتبر قول القاضي وعند محمد يقبل وينفذ ذلك **قوله** ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين في الخلاصة ولا يتعب نفسه في طول الجلوس ولكن يجلس في طرفي النهار وكذا المفتي والفقيه والمسجد الجامع اولى لانه اشهر ثم الذي تقام فيه الجماعات وان لم تصل فيه الجمعة قال فخر الاسلام هذا اذا كان الجامع في وسط البلد اما اذا كان في طرف منها فلا لزيادة المشقة على اهل المشقة لمقابلة له فالاولى ان يختار مسجدا في وسط البلد وفي السوق ويجوز ان يحكم في بيته وحيث كان الان الاولى ما ذكرنا وبقولنا قال مالك واحمد في الصحيح عنه وقال الشافعي يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه اي القضاء يحضره المشرك وهو نجس بالنص قال تعالى انما المشركون نجس والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولان المساجد بنيت للصلوة والذكر والخصومات تقترن بالمعاصي كثيرا من اليمين الغموس والكذب في الدعاوى ولنا ما في الصحيحين من حديث اللعان من حديث سهل بن سعد وفيه فتلاعنا في المسجد ولا بد من كون احدهما كاذبا فتاتي بيمين غموس وفي الصحيحين من حديث اللعان ايضا عن كعب بن مالك انه تقاضى ابن ابي حدرد دينا كان له عليه في المسجد فارتفعت اصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيته فخرج اليهما حتى كشف سجف حجرته فنادى يا كعب فقال لبيك يا رسول الله فاشار بيده ان ضع الشطر من دينك قال كعب قد فعلت يا رسول الله قال قم فاقضه واخرج الطبراني الى ابن عباس قال بينا رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب يوم الجمعة اذا اتى رجل فتخطى الناس حتى قرب اليه فقال يا رسول الله اقم علي الحد فقال اجلس فجلس وقام الثانية فقال يا رسول الله اقم علي الحد فقال اجلس فجلس ثم قام الثالثة فقال يا رسول الله اقم علي الحد فقال وما حدك قال اتيت امرأة حراما فقال صلى الله عليه وسلم لعلي وابن عباس وزيد بن حارثة وعثمان بن عفان رضوان الله عليهم اجمعين انطلقوا به فاجلدوه ولم يكن تزوج فقيل يا رسول الله الا تجلد التي خبث بها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم من صاحبتك قال فلانة فدعا بها ثم سألها فقالت يا رسول الله كذب علي والله اني لا اعرفه فقال صلى الله عليه وسلم من شاهدك قال يا رسول الله ما لي شاهد فامر به فجلد حد الفرية ثمانين واما ان الخلفاء الراشدين كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات فنقل بالمعنى بعضه

قال ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم او ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جري على العادة وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء فيتحاماه

وشاع شهرة ذلك ولا شك في ان عمر وعثمان وقع لهما ذلك ومن تتبع السير رأى من ذلك شيئا كثيرا ففي البخاري لاعن عمر عند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم واسند الامام ابو بكر الرازي الى الحسن انه رأى عثمان يقضي في المسجد وذكر القصة وذلك فيما قيل انه غريب مبني على ان المراد بهذا اللفظ وليس كذلك وفي الطبقات لابن سعد بسنده الى ربيعة بن ابي عبد الرحمن انه رأى ابا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم يقضي في المسجد عند القبر وكان على القضاء بالمدينة في ولاية عمر بن عبد العزيز واسند الى سعد بن مسلم بن بابك قال رأيت سعد بن ابراهيم بن عبد الرحمن بن عوف يقضي في المسجد وكان قد ولي القضاء بها فكان يقضي في المسجد وقال ابو الوليد ثقة يروي عن انس والى اسماعيل بن ابي خالد قال رأيت يحيى يقضي في المسجد والى اسود بن شيبان يقول قال رأيت الشعبي رجلا من قاضي الكوفة يقضي في مسجد وكل قضاء ... فهذا كان من السلف مشهورا في الصحابة والتابعين ولم يرد انكاره على احد واما الحديث الذي ذكره المصنف انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم فلم يعرف وانما اخرج مسلم حديث الاعرابي الذي قام يبول في المسجد فقال اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم مه مه فقال صلى الله عليه وسلم لا تزرموه وتركوه حتى بال ثم دعاه صلى الله عليه وسلم فقال ان هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول والقذر انما هي لذكر الله تعالى والصلوة وقراءة القرآن قال وامر رجلا من القوم فجاء بدلو من ماء فشنه عليه وانما نجاسة المشرك ففي الاعتقاد على معنى التشبيه والحائض تخبر بحالها فيخرج اليها القاضي او يرسل نائبا كما لو كانت الدعوى في دابة ولو جلس في داره ونحوه لا بأس بشرط ان يأذن للناس على العموم ولا يمنع احدا من الناس لان لكل احد حقا في مجلسه على قياس ما ذكرنا في المسجد والاولى ان يكون في وسط البلد وفي المبسوط ولا يقضي وهو يمشي او يسير على دابة لان فهمه لا يتأتى اذ ذاك غير معتدل الحال ولما فيه من الاستخفاف بالقضاء ولانه مشغول بما هو فيه ولا بأس بان يتكئ لانه نوع جلسة كالتربع وغيره وطباع الناس في الجلوس مختلفة وينبغي ان لا يقضي وهو غضبان او فرحان او جائع او عطشان او مهموم او ناعس او في حال برد شديد او حر شديد او يدافع الاخبثين او به حاجة الى الجماع والحاصل لا يقضي حال شغل قلبه واصله حديث لا يقضي القاضي وهو غضبان ويقول ولا ينبغي ان يتطوع بالصوم في اليوم الذي يريد الجلوس ولا يسمع من رجل حجتين فاكثر الا ان يكون الناس قليلا ولا يقدم رجلا جاء الآخر قبله ولا يضرب في المسجد حدا ولا تعزيرا وينبغي ان يجلس معه من كان يجالسه قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة الرشوة او الظلم روي عن عثمان ما كان يحكم حتى يحضر اربعة من الصحابة ويستحب ان يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم وكان ابو بكر يحضر عمر وعثمان وعليا حتى قال احمد يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم فيما يشكل عليه وفي المبسوط فان دخله حصر في قعودهم عنده او شغله عن شيء من امور المسلمين جلس وحده فان طباع الناس تختلف فمنهم من يمنعه حشمة الفقهاء من فصل القضاء ومنهم من يزيده قوة على ذلك فاذا كان ممن يدخله حصر جلس وحده وفي المبسوط ما حاصله انه ينبغي للقاضي ان لا يسند المقضي عليه ويبين له وجه القضاء ويبين له انه فهم حجته ولكن الشرع كذا يقتضي القضاء عليه فلم يمكن غيره ليكون ذلك ادفع لشكايته للناس ... الى انه جار عليه ومن يسمع يخالطه عرضا ينسبه العامة عرضه وهو برئ واذا امكن اقامة الحق مع عدم ايغار الصدور كان اولى

قوله ولا يقبل الهدية الحاصل ان المهدي اما ان يكون له خصومة او لا فان كانت لا يقبلها منه وان كان له عادة بمهاداته او ذا رحم محرم وان لم يكن خصمه فان كان له عادة بذلك قبل القضاء بسبب قرابة او صداقة قبل وان لم يكن لا ينبغي

ولا يحضر دعوة إلا أن تكون عامة لأن الخاصة لأجل القضاء فيتهم بالإجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد رحمه الله أنه يجيبه وإن كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها

أن يقبل وإن كان جاز بشرط أن لا يزيد على المقدار المعتاد قبل القضاء بسبب تجارة أو ثروة فإن زاد لا يقبل الزيادة وذكر فخر الإسلام إلا أن يكون مال المهدي قد زاد فبقدر ما زاد ماله إذا زاد في الهدية لا بأس بقبولها وهذا يقتضي أن لا يقبل الهدية من القريب إلا إذا كان له عادة بالمهاداة كغيره فإن لم يكن للقريب قبل القضاء عادة فلا بأس بعد القضاء لا يقبل وعبارة الهداية مع القدوري حيث قال ولا يقبل الهدية إلا من ذي رحم محرم أو من له عادة قبل القضاء يفيد قبولها من القريب الذي ليس له عادة بالمهاداة قبل القضاء إذا لم يكن له خصومة والوجه هو ظاهر النهاية ثم صرح في مسألة الدعوة عن شيخ الإسلام بأنه لا فرق بين القريب والبعيد في أنه لا يقبل هديته إلا إذا كان له عادة نعم يمكن أن يقال في القريب الذي ليس له عادة بمهاداة قبل القضاء إن كان ذلك لفقره ثم أيسر بعد ذلك ولأنه قريب فصار يهدي إليه جاز لأن الظاهر أن المانع ما كان إلا الفقر وهذا على شبه قول فخر الإسلام في الزيادة إذا كثر ماله ثم إذا أخذ الهدية في موضع لا يباح أخذها قيل يضعها في بيت المال لأنها بسبب عمله لهم وعامتهم على أنه يردها على أربابها إن عرفهم وإليه أشار في السير الكبير وإن لم يعرفهم أو كانوا بعيدا حتى تعذر الرد ففي بيت المال ويكون حكمها حكم اللقطة فإن جاء المالك يرد ما يعطيها وكل من عمل للمسلمين عملا حكمه في الهدية حكم القاضي وفي شرح الأقطع الفرق بين الرشوة والهدية أن الرشوة يعطيه بشرط أن يعينه والهدية لا شرط معها انتهى والأصل في ذلك ما في البخاري عن أبي حميد الساعدي قال استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من الأزد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا أهدي لي قال عليه السلام هلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهدى له أم لا قال عمر بن عبد العزيز كانت الهدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة ذكره البخاري واستعمل عمر أبا هريرة فقدم بمال فقال له من أين لك هذا قال تلاحقت الهدايا فقال له عمر أي عدو الله هلا قعدت في بيتك فتنظر أيهدى لك أم لا فأخذ ذلك منه وجعل في بيت المال وتعليل النبي صلى الله عليه وسلم دليل على تحريم الهدية التي سببها الولاية ولهذا لو أهدى على المعتاد أو كانت له خصومة كره عندنا وعند الشافعي هو محرم كالرشوة وهذا يجب أن يكون هدية المستقرض للمقرض كالهدية للقاضي إن كان المستقرض له عادة قبل استقراضه منه فأهدى إلى المقرض فللمقرض أن يقبل منه قدر ما كان يهديه بلا زيادة **قوله** ولا يحضر دعوة إلا إذا كانت عامة يعني ولا خصومة لصاحب الوليمة العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه فلا يجيب دعوته إلا إذا كانت عامة ولا خصومة له وعن محمد يجيب قريبه وإن كانت خاصة بهذا أحكى الخلاف من الطحاوي وقال الخصاف يجيب الخاصة لقريبه بلا خلاف لصلة الرحم وعلى تقدير الخلاف يطلب الفرق في القريب بين الهدية قال يقبلها منه مطلقا ولم يفصل بين جريان العادة وغيره وبين الدعوة فيفصل بين العامة والخاصة كما ذكر في المتن قال شيخ الإسلام قالوا ما ذكر في الضيافة محمول على ما إذا كان للقريب [illegible] بينهما الدعوة والمهاداة قبل القضاء [illegible] بعد القضاء ذلك فإذا كانت الخاصة جرم فهو كالأجنبي سواء وردا في الهدية محمول على أنه كان جرى بينهما المهاداة وصلة القرابة قبل القضاء فإذا أهدى بعد القضاء لا بأس بقبولها انتهى فقد آل الحال إلى أنه لا فرق بين القريب والبعيد في الهدية والضيافة سوى ذلك الإمكان الذي [illegible]

قال ويشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلمين قال عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها هذين ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه لان النبي عليه السلام نهى عن ذلك ولان فيه تهمة قال واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال لقوله عليه السلام اذا ابتلى احدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر

في الخاصة والعامة فقيل ما دون العشرة خاصة والعشرة وما فوقها عامة وقال المصنف الخاصة هي التي لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها والعامة هي التي يتخذها حضرها القاضي اولا وعندي ان ما يحكى عن القاضي ابي علي النسفي وهو ان العامة دعوة العرس والختان وما سواهما خاصة حسن فان الغالب هو كون الدعوة العامة ما تين وربما مضى عمر ولم يعرف من اصطنع طعاما ابتداء لعامة الناس بل ليس الا لما تين المصلتين او المخصوص من الناس لانه اضبط فان معرفة كون الرجل لو لم يحضره القاضي لم يصنع او يصنع غيب محقق فانه امر مبطن وان كان عليه لوائح ليس كضبط هذا او يكفي عادة الناس في ذلك وعادة الناس هي ما ذكر النسفي والله اعلم وعند الشافعي واحمد يجيز الولائم مطلقا لانه صلى الله عليه وسلم كان يحضر وهو الذي يقتضيه قلنا كان صلى الله عليه وسلم معلوم العصمة عند الكل لا يضره حضور ولا قبول هدية فافترقا البدت قوله ويشهد الجنازة ويعود المريض المراد من المريض مريض لا خصومة له والا لا يعود وانما وجب ذلك لما روى مسلم عن ابي هريرة رضي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حق المسلم على المسلم خمس رد السلام وتشميت العاطس واجابة الدعوة وعيادة المريض واتباع الجنازة واذا استنصحك فانصح له فهذه هي السادسة ورواه ابن حبان وقال فيه واذا عطس فحمد الله فشمته وروى البخاري في كتابه المفرد في الادب من حديث عبد الرحمن بن زياد بن انعم الافريقي قال كنا غزاة في البحر زمن معاوية فانضم مركبنا الى مركب ابي ايوب الانصاري فلما حضر غداؤنا ارسلنا اليه فاتانا فقال دعوتموني وانا صائم فلم يكن لي بد من ان اجيبكم لاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان للمسلم على اخيه ست خصال واجبة ان ترك منها شيئا فقد ترك حقا واجبا عليه لاخيه يسلم عليه اذا لقيه ويجيبه اذا دعاه ويشمته اذا عطس ويعوده اذا مرض ويحضره اذا مات وينصحه اذا استنصحه ولا بد من حمل الوجوب فيه على الاعم من الوجوب في اصطلاح الفقه الحادث فان ظاهره وجوب الابتداء بالسلام وكون الوجوب وجوب عين في الجنازة فالمراد به امر ثابت عليه اعم من كونه ندبا او وجوبا بالاصطلاح قوله ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه الآخر لما روى اسحق بن راهويه في مسنده عن الحسن قال جاء رجل فنزل على علي رضي فاضافه فلما قال اني اريد ان اخاصم قال له علي تحول فان النبي صلى الله عليه وسلم نهانا ان نضيف الخصم الا ومعه خصمه وكذا رواه عبد الرزاق ثم الدارقطني ولان فيه تهمة الميل قوله واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال لما رواه اسحق بن راهويه في مسنده وانا بقية بن الوليد عن اسمعيل بن عياش ثنا ابو بكر التيمي عن عطاء بن يسار عن ام سلمة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولا يرفع صوته على احد الخصمين اكثر من الآخر واخرجه الدارقطني في سننه عن عباد بن كثير عن ابي عبيد الله عن عطاء بن يسار عن ام سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه واشارته ومقعده وروى عن عمر رضي انه كتب الى ابي موسى عبد الله بن قيس الاشعري ان سو بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة

ولا يُسارّ احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجترئ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحداً منهم لانه يذهب بمهابة القضاء

ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجترئ بذلك على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء والمستحب باتفاق اهل العلم ان يجلسهما بين يديه ولا يجلس واحدا عن يمينه والآخر عن يساره لان لليمين فضلا ولذا كان صلى الله عليه وسلم يخص به ابا بكر رضي الله عنه دون عمر رضي الله عنه وفي سنن ابي داود ان عبد الله بن الزبير رضي الله عنه خاصم عمرو بن الزبير الى سعيد بن العاص وهو على السرير فقال اجلس عمرو بن الزبير على السرير فلما جاء عبد الله بن الزبير وسع له سعيد من شقه الآخر فقال ههنا فقال عبد الله الارض الارض قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم او قال سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يجلس الخصمان بين يدي القاضي وفي النوازل والفتاوى الكبرى خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي ان يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الارض ثم يقضي بينهما وهذه المسئلة تظهر ان القاضي يصلح قاضيا على السلطان الذي ولاه والدليل عليه قصة شريح مع علي رضي الله عنه فانه قام واجلس عليا مجلسه وينبغي للخصمين ان يجثوا بين يديه ولا يتربعان ولا يقعيان ولو فعلا ذلك منعهما القاضي تعظيما للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما له ويكون بينهما وبينه قدر ذراعين او نحو ذلك من غير ان يرفعا صوتهما ويسند القاضي ظهره الى المحراب وهو مستحب عند الائمة الثلاثة ويقف اعوان القاضي بين يديه ليكون اهيب واذا حضرا فالقاضي بالخيار ان شاء ابتدأ فقال مالكما وان شاء تركهما حتى يبتدئا بالنطق وبعض القضاة يختار السكوت ولا يكلمهما بشيء ليخبرا بما بينهما فاذا تكلم المدعي اسكت الآخر حتى يفهم حجته لان في تكلمهما معا شغبا وقلة حشمة لمجلس القضاء ثم يستنطق الآخر وان لم يسأل المدعي ذلك وقيل لا الا بعد سؤال المدعي بان يقول اسأله لكن يتفكر في الدعوى ليظهر له صحتها والا قال له قم فصحح دعواك واذا صحت الدعوى يقول فماذا تريد ان اصنع فان قال اريد جوابه سأله والاصح عندنا انه يستنطقه ابتداء للعلم بالمقصود واذا كانت الخصومة بين النساء والرجال فلا بد من تقدمهن واختار محمد ان يقدمهم الدعوى الاولى فالاولى ويجمع على ذلك اسماء لا يستثنى يعرفه السابق وليبكر على باب القاضي ولا يكون عنده طمع ولو اشكل السابق يقرع بينهم ولا يستعجل على الخصوم بل يتمهل معهم فان بالعجلة تنقطع الحجة ويذهل عنها ولسنه الا انه فيهم فيكون مهيبا لا يخافه الناس وانكر الائمة ما رآه من اخذ بواب القاضي شيئا ليمكنه من الدخول وهو يعلم قالوا هو فساد عظيم ليس لاحد ان يمنع احدا من التقدم الى القاضي في حاجة والمأخوذ على ذلك رشوة محرمة وعلى هذا القياس حال الذي يسمى في زماننا نقيب القاضي قيل ينبغي ان يقوم بين يديه اذا جلس للحكم رجل يمنع الناس من التقدم اليه معه سوط يقال له الجلواز وصاحب المجلس يقيم الخصوم بين يديه على البعد والشهود بقرب من القاضي واعلم ان القيام بين يدي القاضي للخصومة لم يكن معهودا فاول ان يجلسهم على ما ذكرنا فهذه ايضا من المحدثات لما فيه من الحاجة اليه وعن ابن عمر رضي الله عنه انه كان اذا سافر استصحب رجلا يسيء الادب فقيل له في ذلك فقال اما علمت ان الشر بالشر يدفع والمقصود ان الناس مختلفوا الاحوال والادب وقد حدث في هذه الازمان امور وسفهاء فيعمل بمقتضى الحال يراد به الخير لا حشمة النفس المؤدي الى الاعجاب ولا حول ولا قوة الا بالله

قال ويكره تلقين الشاهد ومعناه أن يقول له أتشهد بكذا وكذا وهذا لأنه إعانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه أبو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة لأن الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه إحياء للحق بمنزلة الإشخاص والتكفيل **فصل في الحبس**

ويستحب أن يكون فيه عبوسة بلا غضب وأن يلتزم التواضع في غير وهن ولا ضعف ولا يترك شيئا من الحق ويتخذ كاتبا أمينا ماهرا بكتب المحاضر والسجلات عارفا بها كيلا يقع في السجل فاسدا بالإخلال ببعض الشروط وتمامه مذكور في كتاب السجلات والمحاضر والتقييد وحيث يرى القاضي ويكتب خصومة كل منهما وشهادة شهودهما في صحيفة وتسمى المحضر في عرف الفقهاء بخلاف عرف أهل الشروط اليوم قوله ويكره تلقين الشاهد وهو أن يقول له القاضي كلاما يستفيد به الشاهد علما عليه الأئمة الثلاثة وعن أبي يوسف وهو قول الشافعي لا بأس به لمن استولته الحيرة أو الهيبة فترك شيئا من شرائط الشهادة فيعينه بقوله أتشهد بكذا أو كذا وأشباه ذلك في غير موضع التهمة أما فيها بأن ادعى المدعي ألفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بألف فيقول القاضي يحتمل أنه أبرأه من الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علما فوفق به في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق كما في تلقين أحد الخصمين وفي المبسوط ما قالاه عزيمة لأن القاضي منهي عن اكتساب ما يجر إليه تهمة الميل وتلقين الشاهد لا يخلو منه وقول أبي يوسف رخصة فإنه لما ابتلي بالقضاء شاهد الحصر عند أداء الشهادة لأن مجلس القضاء مهاب فيضيع الحق إذا لم يعنه على أداء الشهادة والحصر مصدر حصر من باب علم إذا امتنع عليه وضاق صدره وتقدمت في اللغة في كتاب الصلاة والنبي أمر بإكرام الشهود فإن الله يحيي بهم الحقوق وهذا التلقين إعانة وإكرام حيث لا ينسب إليه القصور وقوله بمنزلة الإشخاص هو إرسال الشخص ليأتي بخصمه يقال أشخص من البلد إلى بلد إذا ذهب من حد منع قيل وتأخير قول أبي يوسف وتسميته بالاستحسان دليل على أنه مختار المصنف وهذا بناء على أن قوله استحسنه معناه رأى دليل الاستحسان الاصطلاحي وليس بلازم ويكفي كونه أحسن وسيلة في ذلك وفي فتاوى قاضي خان لا ينبغي للقاضي أن يبيع ويشتري بنفسه بل يفوض ذلك إلى غيره وبه قالت الأئمة الثلاثة وعن أحمد يتخذ وكيلا لا يعرف أنه وكيل القاضي تحرزا عن المحاباة وشرط شريح على عمر حين ولاه أن لا أبيع ولا أشتري ولا أرتشي وقال بعض المشايخ المالكية ينبغي للقاضي أن يرتفع عن طلب العواري من الماعون والدابة وما أشبه ذلك وعن محمد لا بأس أن يبيع ويشتري في غير مجلس القضاء وينبغي للخصوم إذا دخلوا أن لا يسلموا على القاضي فإن سلموا أجاب على القاضي ردوسلامهم فإن زيد على قوله وعليكم يخرج في أحسن ثناياه والله الموفق

فصل في الحبس أحكام القضاء كثيرة ذكر منها الحبس إلا أنه اختص بأحكام كثيرة فأفرده بفصل على حدة والحبس مشروع بالكتاب لأنه المراد بالنفي المذكور بقوله تعالى أو ينفوا من الأرض وبالسنة على ما أسلفنا أنه صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة وذكر الخصاف أن ناسا من أهل الحجاز اقتتلوا فقتل منهم قتيل فبعث إليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبسهم ولم يكن في عهده صلى الله عليه وسلم وأبي بكر رضي الله عنه سجن إنما كان يحبس في المسجد أو الدهليز حتى اشترى عمر رضي الله عنه دارا بمكة بأربعة آلاف درهم واتخذه محبسا وقيل بل لم يكن في زمن عمر رضي الله عنه ولا عثمان رضي الله عنه أيضا إلى زمن علي رضي الله عنه فبناه وهو أول سجن بني في الإسلام قال في الفائق إن عليا رضي الله عنه بنى سجنا من قصب فسماه نافعا فنقبه اللصوص

قال وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا إذا ثبت الحق بإقراره لأنه لم يعرف كونه مماطلا في أول الوهلة فلعله طمع في الإمهال فلم يستصحب المال فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله أما إذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بإنكاره **قال** فإن امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة لأنه إذا حصل المال في يده ثبت غناؤه به وإقدامه على التزامه باختياره دليل يساره إذ هو لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله

وتسيب الناس منه ثم بنى سجنا من مدر فسماه مخيسا وفي ذلك يقول علي رضي الله عنه شعر الا تراني كيسا مكيسا بنيت بعد نافع مخيسا بابا حصينا وأمينا كيسا والمخيس موضع التخييس وهو التذليل والكيس حسن التأني في الأمور والمكيس المنسوب إلى الكيس وأراد بالأمين السجان الذي نصبه فيه والمحبوس في الدين لا يخرج لصوم رمضان ولا العيد ولا الجمعة ولا الصلاة بجماعة ولا الحج فريضة ولا لحضور جنازة بعض أهله ولو أعطى كفيلا بنفسه لأنه شرع ليضجر قلبه فيسارع للقضاء ولهذا قالوا ينبغي أن يكون موضعا خشنا ولا يبسط له فراش ولا وطاء ولا يدخل له أحد يستأنس به وقيل يخرج بكفيل لجنازة الوالدين والأجداد والجدات والأولاد وفي غيرهم لا وعليه الفتوى وفيه نظر لأنه إبطال حق آدمي بلا موجب وموت الأب ونحوه غير مبطل بنفسه نعم إذا لم يكن له من يقوم بحقوق دفنه فعل ذلك وسئل محمد عما إذا مات والده أيخرج فقال لا ولو مرض في السجن فأضناه إن كان له خادم لا يخرج حتى يموت وإن لم يكن له خادم يخرج لأنه قد يموت بسبب عدم الممرض ولا يجوز أن يكون الدين مقتضيا للتسبب في هلاكه ولو احتاج إلى الجماع تدخل زوجته أو جاريته فيطؤها حيث لا يطلع عليه وقيل يمنع منه لأن الجماع ليس من الحوائج الأصلية ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه عليه لأنه قد يفضي إلى المقصود من الإيفاء بمشورتهم ورأيهم ويمنعون من طول المكث والمال غير مقدر في الحبس يحبس في الدراهم وما دونها لأن ظلمه يتحقق بمنع ذلك **قوله** وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحبه حبس غريمه لم يعجل بحبسه حتى يأمره بدفع ما عليه لأن الحبس جزاء المماطلة لقوله صلى الله عليه وسلم لي الواجد يحل عرضه وعقوبته رواه أبو داود وفسر عبد الله بن المبارك إحلال عرضه بإغلاظ القول له وعقوبته بالحبس فلا بد من ظهور المماطلة ولم تظهر بمجرد ثبوت الحق بالإقرار لأنه لعله طمع في الإمهال فلم يستصحب المال وإنما يظهر إذا أمر بعد إقراره فامتنع أما إذا ظهر بالبينة فيحبسه كما ظهر لظهور المماطلة بإنكاره وفي الفوائد الظهيرية عن شمس الأئمة السرخسي عكس هذا وهو أنه إذا ثبت بالبينة لا يحبسه لأول وهلة لأنه يعتذر بأني ما كنت علمت أن علي دينا له بخلافه بالإقرار لأنه كان عالما بالدين ولم يقضه حتى أحوجه إلى شكواه وعلى قول الخصاف لا يحبسه حتى يأمره في الإقرار والبينة **قوله** فإن امتنع أي بعد أمره بقضائه حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كالقرض وثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة لأنه إذا ثبت المال في يده ثبت غناه والمراد بالغنى القدرة على الإيفاء وإلا فالدين قد يكون دون النصاب فيحبس به يعني إذا دخل المال في يده ثبتت قدرته على القضاء ولم يكن بدل مال لكنه لزمه بعقد التزمه كالمهر والكفالة لأن إقدامه على مباشرة ما يلزم ذلك المال دليل القدرة عليه فيحبسه ولا يسمع قوله إني فقير لأنه كالمناقض لوجود دلالة اليسار ولا يحبسه فيما سوى هذين النوعين إذا قال إني فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالا فيحبسه لأنه وجد دلالة اليسار أي قدرته على الدين المدعى هكذا ذكر في الكتاب ويروى أن القول لمن عليه في جميع ذلك أي فيما كان بدل مال أو لزمه بعقد أو حكما لفعله لا بعقد كالإتلاف وضمان الغصب وهو قول الخصاف

فان قال لا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعي اثبات غناه ويروى ان القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول الزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسألتان تؤيدان القولين الاخيرين والتخريج على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند ابي حنيفة رحمه الله ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين او ثلثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحال وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره ويروى غير ذلك من التقدير بشهر او اربعة الى ستة اشهر

لان الاصل هو العسرة في حق كل احد لانه عدم المال ولهذا قال اذا ثبت الحق فلا يحبسه حتى يسأله الك مال الا
ان قال لا استحلفه فان نكل حبسه وان حلف اطلقه الا ان يقيم المدعي البينة على قدرته وعند الشافعي لا يحبسه
فان قال انا فقير ... ويروى ان القول له للمديون الا فيما بدله مال كالقرض وثمن المبيع بخلاف المهر
والكفالة فان القول فيهما قول المدعي ونسب الخصاف هذا القول لابي حنيفة وابي يوسف ومن العلماء من قال
يحكم الزي ان كان بزي الفقراء فالقول قوله في الفقر الا ان يثبت المدعي قدرته وان كان بزي الاغنياء فالقول
للمدعي الا في الفقهاء والعلوية والعباسية لا يحكم الزي فيهم لانهم يتكلفون في لباسهم مع فقرهم وحاجتهم وعلى هذا
القول لو كان على المطلوب بزي الفقراء فادعى المدعي انه غير زيه وقد كان عليه زي الاغنياء قبل ان يحضر مجلس الحكم
فان القاضي يسأل المدعي البينة على ذلك فان اقام البينة انه كان عليه زي الاغنياء جعل القول قول المدعي
فان لم يقدر على البيان حكم زيه في الحال فيجعل القول قول المديون وكلما تعارضت بينتا اليسار والاعسار قدمت
بينة اليسار لان معها زيادة علم اللهم الا ان يدعي المدعي انه موسر وهو يقول اعسرت بعد ذلك واقام
بذلك بينة فانها تقدم لان معها علما بامر حادث وهو حدوث ذهاب المال ثم ذكر المصنف مسألتين محفوظتين نصا عن اصحابنا
بلا خلاف احدهما ان المرأة اذا ادعت انه موسر لتاخذ نفقة اليسار وقال انه معسر يعطي نفقة الاعسار ان القول للزوج
والثانية احد الشريكين اذا اعتق نصيبه وزعم انه معسر فلا يضمن للساكت شيئا ولكن يستسعى العبد وقال شريكه بل موسر
يضمنه كان القول قول المعتق قال المصنف والمسألتان تؤيدان القولين الاخيرين يعني قول القائل القول لمن عليه
في جميع ذلك وقول القائل القول لمن عليه الا فيما بدله مال اما تاييدهما الاول فلانه جعل القول قول الزوج والمعتق
فلو كان الصحيح المذكور اولا لكان القول للمرأة والشريك الساكت في دعوى اليسار واما تاييدهما الثاني فلانه لما لم يكن
بدل المهر وبدل العتق مالا جعل القول قول من عليه علم بهذا ان الصحيح هو القولان الاخيران كذا في النهاية ومنهم من استرجح في الاول فقال اما تاييدهما القول
من قال القول له في جميع ذلك فظاهر وذكر في الثاني ما ذكر في النهاية ولا يخفى انهما يبطلان القول المفصل في الكتاب من كون الدين ملتزما بمال
او بعقد فلا يكون القول للمطلوب وكونه بخلافهما فالقول له للمطلوب فان البدل فيهما ملتزم بعقد او شبهه وهو الشغل الحسن الموضوع سببا اعني العتق ويؤيد
ان القول الاخير وهو ان القول للمديون الا فيما بدله مال فان البدل في المسألتين ليس بمال فيجعل القول للمديون
فائدة القول بان ما بدله ليس مال يكون القول فيه للمطلوب وان التزمه بعقد ثم هذه الثانية باعتبار صدقها مع
جزء كل من القولين بمطابقة كل منهما يوهم انه يفيد الشمول والا فلم يلزم من كون القول للمطلوب فيما اذا التزم بعقد كون
القول له في جميع الديون مما في النهاية والدراية وغيرهما من قوله بعد توجيه التاييد وكان الصحيح هما القولان تساهل
ظاهر وكيف يمكن ان يجمع بينهما في الصحة وهما متباينان فان كون القول للمطلوب في الكل اذا كان هو الصحيح لا يكون المفصل
بين كون الدين مالا فالقول للمدعي او غير مال فالقول للمطلوب صحيحا فانه الذي لا شبهة فيه انما يبطلان القول المذكور

والصحيح ان التقدير مفوض الى راي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه فان لم يظهر له مال خلى سبيله يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية وفي رواية لا تقبل وعلى الثانية عامة المشايخ رحمهم الله قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة فظهرت مماطلته والحبس اولا ومدته قد بيناه فلا نعيده **قال** ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع

في الكتاب ليبيعه فيه وباعتباره عن الاشكال المذكور بان دين النفقة وضمان العتق ليس بدين مطلق بل هو صلة واجبة ولهذا سقطت النفقة بالموت بالاتفاق وكذا ضمان الاعتاق عند ابي حنيفة وهذا قوله والتخريج على ما قال في الكتاب اسلم تخريجا والله اعلم ولا يفيد التقييد بالمذكور ترجيح قول الكتاب المفصل على قوته ثبوته ثم فيما اذا كان القول قول المدعي او ثبت ذلك بالبينة يحبس المدة اي شهرين او ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور المماطلة ثم انما يحبس ليظهر ماله فيؤدي ما عليه فاذا انقضت المدة ولم يظهر له مال ... وما ذكره هو شهران او ثلاثة وهو رواية محمد عن ابي حنيفة في كتاب الحوالة والكفالة وروي غيره ذلك من التقدير بشهر وهو اختيار الطحاوي لان ما دون الشهر في حكم العاجل وما دون الشهر في حكم العاجل فصار ادنى الآجل شهرا والاقصى لا غاية له فيقدر بشهر وروي اربعة اشهر ورواية الحسن ما بين اربعة اشهر الى ستة اشهر عن ابي حنيفة قوله والصحيح الخ ذكر هشام عن محمد ... وكذا ... فالتقدير في هذا غير معتبر بل هو مفوض الى راي القاضي اذ المقصود بالحبس ان يضجر فيقضيه ان كان له مال فرج عن نفسه يسأل عنه جيرانه واهل الخبرة فان شهد عنده ثقات انه قادر على قضاء الدين ابد حبسه وان قالوا انه ضيق الحال اطلقه ولو راى ان يسأل قبل انقضاء مدة الحبس كان له ذلك واما السؤال قبل الحبس وقبول بينة الاعسار ففيه اختلاف الرواية عن محمد في رواية تقبل قبل الحبس وبه افتى محمد بن الفضل واسمعيل بن حماد بن ابي حنيفة ونصير بن يحيى وهو قول الشافعي واحمد والاكثر على انها لا تقبل قبل الحبس وهو قول مالك وهو الاصح فان بينة الاعسار بينة على النفي فلا تقبل حتى تتايد بمؤيد وبعد مضي المدة تأيدت اذ الظاهر انه لو كان له مال لم يتحمل ضيق السجن ومرارته واعلم ان سؤال القاضي بعد المدة للاحتياط والا فبعد مضي المدة التي يغلب ظن القاضي انه لو كان له مال دفعه وجب اطلاقه ان لم يقم المدعي بينة بيساره من غير حاجة الى سؤال واليه يشير قوله فان لم ينكشف له مال خلى سبيله ولو طلب المديون تحليف المدعي انه ما يعلم انه معسر حلفه فان نكل اطلقه ولو قبل الحبس وان حلف ابد حبسه ولا شك ان معنا ومالم يقم ... قال ابو القاسم في كيفية شهادة الاعسار ان يقول اشهد انه مفلس لا نعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليلته وقد اختبرنا امره سرا وعلانية بخلاف ما اذا شهدوا قبل المدة فانه يكفي الواحد العدل في اعساره بالعسرة والاثنان احوط ولا يشترط فيها لفظ الشهادة ذكره في باب الحبس من كفاية شيخ الاسلام

قوله وفي الجامع الصغير رجل اقر بدين عند القاضي فانه يحبسه ثم يسأل عنه انما ذكره لما في ظاهره من المخالفة لما تقدم من قوله اذا ثبت الدين بالاقرار لا يحبسه في اول الوهلة فان ظاهره في فصل الحبس بالاقرار وقد ذكرناه اولا وله تقييد له ومراده اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة وظهر مطلته فرافعه الى القاضي فانه يحبسه وجوابه انه لم يعطه الى الآن شيئا

قوله ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم وتحقيق ذلك بان تقدمت في اليوم الثاني من يوم فرض النفقة وانكان مقدار النفقة قليلا كالدانق اذا راى القاضي ذلك فانه يحبسه او فرضها او طلبته فحبسه لم يحبسه لان العقوبة تستحق بالظلم والظلم بالمنع بعد الوجوب

ولا يحبس الوالد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء لولده ولانه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان والله اعلم

باب كتاب القاضي الى القاضي

قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وان شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي

ولم يتحقق ونحوه اشتغلتے انه اذا لم يفرض لها لم ينفق الزوج عليها في يوم ينبغي ان قد منتم في اليوم الثاني ان يامره بالانفاق فان رجع فلم ينفق اوجعه عقوبة وانكانت النفقة سقطت بعد الوجوب فهو ظالم لها وهو قياس ما اسلفناه في باب القسم من قولهم اذا لم يقسم لها زوجها امره بالقسم وعدم الجواز فان ذهب ولم يقسم فرفعته اوجعه عقوبة وان كان بما ذهب لسا من الحق لا تقتضي ويحصل بذلك ضرر كبير قوله ولا يحبس الوالد في دين ولده لانه عقوبة ولا يستحق عقوبة الوالد لاجل الولد لان الشافعية لما حرم كان الحبس حراما لانه فرقة وكذا لا يحد له اذا قذفه ولا يقتص منه اذ قتله اما اذا امتنع من الانفاق عليه فانه يحبس وكذا كل من وجبت عليه النفقة فابى عن الانفاق لا يتدارك لسقوطها اي لسقوط النفقة بمضي الزمان بخلاف الدين فانه لا يسقط وفي الذخيرة والعبد لا يحبس لمولاه ولان المولى لا يستوجب عليه دينا ولا المولى للعبد والماذون غير المديون لان كسبه لمولاه فكيف يحبس له فان كان عليه دين يحبس له لانه للغرماء في التحقيق ويحبس المولى للمكاتب اذا لم يكن دينه من جنس بدل الكتابة لان في الحبس له حق اخذه فاذا اخذه لم يلتقيا ان تقاصا وفي غير جنسه لا تقع المقاصة والمكاتب في اكسابه كالحر فله حق المطالبة فيحبس لمطله اما المكاتب فلا يحبس بدين الكتابة لمولاه لانه بالامتناع لا يصير ظالما ولو كان عليه دين غير بدل الكتابة يحبس غيره لانه لا يتمكن من فسخ ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وعن بعض مشايخنا هما سواء لانه يتمكن من اسقاطه بتعجيز نفسه فيسقط الدين عنه لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وفي ظاهر الرواية ان بدل الكتابة صلة من وجه بخلاف سائر الديون

باب كتاب القاضي الى القاضي هذا ايضا من احكام القضاء غير انه لا يتحقق في الوجود الا بقاضيين فهو كالمركب بالنسبة الى فعل قاض واحد فلذا اخره والعمل بكتاب القاضي الى القاضي على خلاف القياس لانه لا يزيد على اخبار نفسه والقاضي لو اخبر قاضي البلد الآخر بانه ثبت عنده بينة قبلها بانه حق فلان الكائن في بلد القاضي الآخر لم يجز العمل به لان اخبار القاضي لا يثبت حجة في غير محل ولايته فكتابته اولى ان لا يعمل به لكنه جاز باجماع الصحابة والتابعين لحاجة الناس الى ذلك فان الانسان قد لا يقدر على ان يجمع بين شهوده والمدعى عليه بان كانا في بلدتين فيحتاج اليها على ايصال الحقوق لمستحقيها اما وجه القياس فلما فيه من شبهة التزوير فان الخط والختم يشبه الخط والختم فليس بذلك لان هذه الشبهة منتفية باشتراط شهادة الشهود على ما فيه الى القاضي المرسل وانه ختمه وقيل ما روي الضحاك بن سفيان انه عليه السلام كتب ان ورث امراة اشيم الضبابي من دية زوجها رواه ابو داود والترمذي واجمع الفقهاء عليه لا يقال لا نسلم مساس الحاجة الى كتاب القاضي لان الشاهدين على الكتاب يجوز ان يشهدا على شهادة الاصول ويؤدياها عند القاضي الثاني فلم يحتج اليه لانا نقول في الشهادة على الشهادة يحتاج القاضي الثاني الى تعديل الاصول وقد يتعذر ذلك في بلده وبالكتاب يستغني عن ذلك لانه يكتب بعدالة الذين شهدوا عنده قوله ويقبل كتاب القاضي في الحقوق اي التي تثبت مع الشبهات بخلاف الحدود والقصاص اذا شهد به اي بالكتاب عند القاضي المكتوب اليه ما يبين من ان الشهود وفيه ما هو عن قريب تم نقل

وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها إن شاء الله وجوازه لمساس الحاجة لأن المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فأشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والأمانة المجحودة والمضاربة المجحودة لأن كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه إلى الإشارة

فقال فإن شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة ويريد بالخصم الحاضر من كان وكيلا من جهة المدعى عليه أو مسخرا وهو من نصبه القاضي وكيلا عن الغائب ليسمع الدعوى عليه وإلا لو أراد بالخصم المدعى عليه أو وكيله لم تبق حاجة إلى الكتاب إلى القاضي الآخر لأن الخصم حاضر عند هذا القاضي وقد حكم عليه وإذا حكم كتب بحكمه إلى قاضي البلدة التي فيها الموكل ليستوفي منه الحق وهذا الكتاب المتضمن للحكم هو المدعو سجلا في عرفهم وإن شهدوا بلا خصم حاضر لم يحكم لأنه قضاء على غائب وإنما يكتب بالشهادة إلى القاضي الآخر ليحكم بها وهذا هو الكتاب الحكمي في عرفهم نسبوه إلى الحكم باعتبار مآله وهو في الحقيقة نقل الشهادة إلى ذلك القاضي وسنذكر شروط الحكم من القاضي الثاني به والفرق بين الكتابين أن السجل يلزم العمل وإن كان المكتوب إليه لا يرى ذلك الحكم لصدور الحكم في محل مجتهد فيه والكتاب الحكمي لا يلزم إذا كان يخالفه لأنه لم يقع حكم في محل اجتهاد فله أن لا يقبل ولا يعمل به ويندرج في الحقوق الدين والنكاح والنسب والمغصوب والأمانة المجحودة والمضاربة المجحودة لأن كل ذلك بمنزلة ما يعرف بالوصف غير محتاج إلى الإشارة واستشكل بأن دعوى النكاح لا بد من الإشارة إلى الرجل وإلى المرأة وكذا في الأمانة والمغصوب وكانت بمنزلة الأعيان أجيب بأن المدعى بها نفس النكاح الذي هو الفعل والغصب وذلك لا يحتاج إلى الإشارة لأنها من الأفعال وإن كان يلزم في ضمنه الإشارة إلى الرجل والمرأة إذ كل خصم والإشارة إلى الخصم شرط ولا يخفى ما فيه لأن الإشارة إذا لزمت بأي طريق كان ضمنا أو قصدا تعذر على شهود القاضي الكاتب فالحق أن الإشارة لا تلزم من الأصول إلى الخصم الغائب بل يشهدون على مسمى الاسم الخاص والنسب والشهرة فإذا وصل الكتاب هناك يقع التعيين كما سنذكر إن شاء الله تعالى فكتب فيها كما يكتب في الدين والعبد ويقبل في العقار أيضا إذ لا بد من تحديده وبها الأربع لأن التعريف يحصل به ولا يقبل في الأعيان المنقولة كالحمار والثوب والعبد للحاجة إلى الإشارة فيها وعن أبي يوسف أنه يقبل في العبد دون الأمة لغلبة الإباق في العبد لأنه يخدم خارج البيت فإباقه متيسر لمساس الحاجة فيه جوازه بخلاف الأمة لأنها داخل البيت فلا يتيسر إباقها وعن محمد أنه يقبل في جميع ما ينقل من الدواب والثياب والآثار وعليه المتأخرون ونص الإسبيجابي على أن الفتوى عليه وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول فإن المانع منها ما كان لحاجة إلى الإشارة في الأعيان وهي غائبة في بلد المكتوب إليه ولا شك أن في الدين أيضا لا بد من الإشارة إلى المديون ليقضي عليه ومع ذلك اكتفى باسمه وشهرته في الإثبات عليه وقبول القاضي الكاتب الشهادة عليه وما ذاك إلا لأن عند القضاء من الثاني يتحقق معنى الإشارة والتعيين وتعيين ذلك بإيراد الصور فصورة الدين إذا شهدوا على فلان بن فلان الفلاني أن يكتب كما ذكره الحسن في المجرد من فلان قاضي كورة كذا إلى فلان قاضي كورة كذا سلام عليك فإني أحمد إليك الله الذي لا إله إلا هو أما بعد فإن رجلا أتاني يقال له فلان بن فلان وذكر أن له حقا على رجل في كورة كذا ولم يذكر في المجرد ويقال له فلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني ولا بد منه كما سنذكره وسألني أن أسمع بينته وأكتب إليك بما يستقر عندي من ذلك فسألته البينة فأتاني بعدة منهم فلان وفلان وفلان ويحليهم وينسبهم فشهدوا عندي أن لفلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني كذا كذا درهما

ويقبل في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف رح انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعه وعن محمد رح انه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتاخرون رحمهم الله

حالا وسالني ان احلفه بالله ما قبض منها شيئا ولا قبضه له قابض بوكالة ولا احتال بشيء منها وحلفته بالله الذي لا اله الا هو ما قبض من هذا المال الذي قامت البينة عندي ولا اقتضاه له وكيل ولا احاله ولا اقتضى له قابض وانها باقية فسالني ان اكتب له كتابا اليك بما استقر عندي من ذلك فكتبت اليك هذا الكتاب واشهدت عليه شهودا انه كتابي وخاتمي وقرأته على الشهود وقال ثم يطوي الكتاب ويختم عليه فان ختم عليه شهدوا فهو اوثق ثم يكتب عليه عنوان من فلان قاضي كورة كذا الى فلان قاضي كورة كذا ثم يدفعه الى المدعي فاذا اتى به المدعي الى القاضي الذي بالكورة فذكر ان هذا كتاب القاضي اليه سأله البينة على كتاب القاضي ولا ينبغي ان يسمع بينة المدعي حتى يحضر الخصم فاذا حضر واقر انه فلان بن فلان الفلاني قبل بينته وسمع منه فان انكر قال له ايتني بالبينة ان هذا فلان بن فلان الفلاني فاذا جاء بها وعدلوا سمع بينة المدعي على ان هذا كتاب القاضي الذي ذكر فيقول لهم اقرأه عليكم ما فيه فاذا قالوا قرأه علينا واشهدنا ان هذا كتابه وختمه فاذا سمع منه لا يفك الخاتم حتى يسأل عنهم فاذا عدلوا لم يفكه حتى يحضر الخصم فاذا احضر فكه وقرأه عليهم وعليه فان اقر الزمه اياه وان انكر قال الك حجة والا قضيت عليك فان لم يكن له حجة قضى عليه وان كانت له حجة قبلها وان قال لست انا فلان بن فلان الذين شهدوا عليه بهذا المال بل هو آخر قال له هات بينة ان في تلك الصناعة او القبيلة رجلا ينتسب بمثل ما نسب اليه الا الزمتك ما شهد به فان جاء ببينة على ان في تلك الصناعة والقبيلة من ينتسب بمثل ما نسب اليه بطل الكتاب وان لم يكن في تلك القبيلة او الصناعة احد على اسمه واسم ابيه قضى عليه انتهى فقد علمت ان التعيين الذي هو المقصود بالاشارة يحصل باخرة الامر قبل القضاء عليه وفي هذه الصورة مواضع وان كانت ظاهرة ننبه عليها منها قوله في شهود الكتاب نسمهم فلان وفلان ونحليهم وننسبهم لم يذكر كتب عدالتهم ولا بد منها وقالوا الكتب واقام شهودا عدولا او يعرفهم بالعدالة او سال عنهم فعدلوا الغنى عن تسميتهم ونسبهم عندي لا بد ان يقول احرار عدول اذ الحيهم والذي يظهر من كلام محمد رحمه الله انه لا بد من تسميتهم تسمية كل منهم ونسبه ووصفه ان تأخر فيها خروز ارعاف اربع والمقصود تتميم تعريف الشهود ثم يذكر انه عرفهم بالعدالة او عدلوا الا ان الخصم اذ احضره الثاني فقد تكون له طعن فيهم او في احدهم فلا بد من تعيينهم له ليتمكن من الطعن ان كان والا فيقول شهودهم اثبات فيكون فيهم طعن ومنها قوله الى فلان قاضي كورة كذا انما يصح اذا كان القاضي وحيدا فان كان لها قاضيان لا يصح ومنها قوله في المدعي يقال له فلان بن فلان تم التعريف في قولهما وعنده لا بد من ذكر الجد وكذا الخلاف لو ذكر قبيلته او صناعته وان ذكر اسمه ولم يذكر اسم الاب لكن نسبه الى قبيلة او فخذه فقال فلان التميمي وما اشبهه لا يكون تعريفا بالاتفاق وان كان مشهورا لا يحتاج بهذا الى هذا وقيل لا بد ان يذكر ادعى المدعي انه غائب عن هذا البلد مسيرة سفر لان بين العلماء اختلافا في المسافة التي يجوز فيها كتاب القاضي الى القاضي فجماعة من مشائخنا قالوا لا يجوز فيما دون مسيرة السفر وبه قال الشافعي واحمد وفي وجه وحكى الطحاوي عن ابي حنيفة واصحابه انه يجوز فيما دون مسافة القصر وقال بعض المتاخرين هذا قول ابي يوسف

قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية

ومحمد وبه قال مالك والذي يقتضيه مذهب ابي حنيفة انه لا يجوز كالشهادة على الشهادة ومنها ختم الشهود وليس بلازم بل هو اتفاقي كما قال وتسميتها قوله وعدلوا ظاهر في انه لا يكتفي بالختم حتى يعدل شهود الكتاب وفيه خلاف سنذكره ولو كان فيه دار اقال ادعى ان له دارا في بلد كذا في محلة كذا وذكر حدودها في يد رجل يقال له فلان بن فلان يعرفه على وجه التمام ولو ذكر ثلاثة حدود كفى استحسانا خلافا لزفر ولو غلطوا في بعض الحدود بطل الكتاب وصورة كتاب العبد الآبق من قاضي مصر بعد العنوان والسلام شهد عندي فلان وفلان بان العبد الهندي الذي يقال له فلان حليته كذا وقامته كذا وسنه كذا وقيمته كذا ملك فلان المدعي وقد ابق الى الاسكندرية وهو اليوم في يد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين مسافرين الى الاسكندرية على ما فيه وعلى ختمه كما سنذكر فاذا وصل وفعل القاضي ما تقدم وفتح الكتاب دفع العبد الى المدعي من غير ان يقضي له به لان الشهود الذين شهدوا بملك العبد للمدعي لم يشهدوا بحضرة العبد ويأخذ كفيلا بنفس العبد الذي من المدعي ويجعل خاتما من القاضي في عنق العبد ولا حاجة الى هذا الا لدفع من يتعرض له ويتهمه بسرقته فاذا لم يكن لا حاجة ويكتب كتابا الى قاضي مصر ليشهدان على كتابه على ما عرفت فاذا وصل الكتاب اليه فعل ما يفعل المكتوب اليه ثم يأمر المدعي ان يحضر شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد انه ملكه فاذا شهدوا قضى له وكتب الى قاضي الاسكندرية بما ثبت عنده اليه ليبرئ كفيله وفي بعض الروايات ان قاضي مصر لا يقضي للمدعي لان الخصم غائب لكن يكتب كتابا آخر الى قاضي الاسكندرية فيه ما جرى عنده ويشهد على كتابه وختمه ويرد العبد معه اليه ليقضي به بحضرة المدعى عليه فيفعل ذلك ويبرئ الكفيل وصورته في الجواري كما في العبد الا ان القاضي المكتوب اليه لا يدفع الجارية الى المدعي بل يبعثها على يد امين لاحتمال انه اذا اسلمها مع المدعي يطأها اعتمادا انها ملكه قال في المبسوط ولكن ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا هذا فيه بعض القبح فانه اذا وقع العبد يستخدمه قهرا ويستغله فياكل من غلته قبل ان يثبت ملكه فيه بالقضاء وربما يظهر العبد لغيره ولا يخفى ان ضم محمد مع ابي حنيفة بناء على ظاهر الرواية عنه وكلامنا على الرواية عن محمد المختار للفتوى الموافقة للوجه والائمة الثلثة واذا عرفت هذا فالزوجة المدعي باستحقاقها في بلد القاضي المكتوب اليه لا بد ان يجعل من قبيل الامة فيجري فيها ما يجري فيها لانه بعد ان يجري مجرى الديون لانها اذا قالت لست انا فلانة المشهود على انها زوجة المدعي المذكور ولم يقدر على بينة ان في قبيلتها من هو على اسمها ونسبها ان يدفع الى المدعي يطأها **قوله** ولا يقبل الكتاب اي لا يقبل المكتوب اليه الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين على انه كتاب القاضي فلان الكاتب وانه ختمه وان فيه كذا وكذا ولا بد من اسلامهما فلا تقبل شهادة الذميين على كتاب قاضي المسلمين ولو كان الكتاب لذمي لانهم يشهدون على فعل المسلم وهذا لان قبول شهادة بعضهم على بعض كان للحاجة ولهذه ورة اذ قلما يحضر المسلمون معاملاتهم خصوصا الانكحة والوصايا بالخ الا التحقيق في كتاب القاضي وختمه وما شرط الشعبي الشهادة عليه وكذا الحسن اسند الخصاف الى عمر بن ابي زائدة او عمير قال جئت بكتاب من قاضي الكوفة الى اياس بن معاوية فجئت وقد عزل واستقضي الحسن فدفعت كتابي اليه فقبله ولم يسألني البينة عليه ففتحه ثم نشره فوجد لي فيه شهادة شاهدين على رجل من اهل البصرة بخمسمائة درهم فقال الرجل يقوم على رأسه اذهب بهذا الى زياد فقل له ارسله الى فلان

قال ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف رحمه الله آخر شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وخاتمه وعن ابي يوسف رحمه الله ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسي رحمه الله قول ابي يوسف رحمه الله

فخذ منه بخمسمائة درهم واو فيهما اى برواية وبه قال ابو ثور والاصطخري من الشافعية وابو يوسف في رواية فالشرط عندهم ان يكون المكتوب اليه يعرف خط القاضي الكاتب وختمه قياسا على كتاب الاستيمان وعلى رسول القاضي الى المزكين ورسول المزكين الى القاضي قلنا الفرق ان هذا النقل ملزم اذ يجب على القاضي المكتوب اليه ان ينظر فيه ويعمل به ولا بد للملزم من الحجة وهو البينة بخلاف كتاب اهل الحرب فانه ليس بملزم اذ للامام ان لا يعطيهم ما طلبوه وله ان لا ... واما الرسول فلان التزكية ليست بملزمة وانما الملزم هو البينة واما الفرق بين رسول القاضي وبين كتابه حيث يقبل كتابه ولا يقبل رسوله فلان غاية رسوله ان يكون كنفسه وقدمنا انه لو ذكر ما في كتابه لذلك القاضي بنفسه لا يقبل وكان القياس في كتابه كذلك الا انه استحسن باجماع التابعين على خلاف القياس فاقتصر عليه فان قلت فكيف عمل الحسن بالكتاب وهو لم يكتب اليه قاض آخر بخبره فالجواب يجوز ان يكون قال لاياس القاضي بالبصرة والى كل قاض براه من قضاة المسلمين فانه اذا كتب كذلك كان لكل قاض ترفع اليه ان يعمل به بلا خلاف بخلاف ما لو كتب من الاول الى من يبلغه كتابي هذا من قضاة المسلمين فانه لا يجوز للحاكم ولا لاحد من القضاة ان يعمل به واجازه ابو يوسف ايضا كذا في الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم فروع يجوز على كتاب القاضي الشهادة على الشهادة كما جاز فيه شهادة النساء لانه يثبت مع الشبهات ولو كتب القاضي الى الامير الذي ولاه اصلح الله الامير ثم قص القصة وهو معه في المصر فجاء به ثقة يعرفه الامير ففي القياس لا يقبل لان ايجاب العمل بالبينة ولانه لم يذكر اسمه واسم ابيه وفي الاستحسان يجوز للامير ان يقبل لانه متعارف ولا يليق بالقاضي ان يأتي في كل حادثة الى الامير بحضرة ولانه لو ارسل اليه بذلك رسولا ثقة كان عبارة رسوله كعبارته في جواز العمل به فكذا اذا ارسل كتابه ولم يجر الرسم في مثله من ذكر ... فقد سقطنا هنالك شروط كتاب القاضي الى القاضي قوله ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم شروع في بيان الشروط الموعود ذكرها في قوله وتفصيل شرائطه نذكرها والحاصل ان شهادة الشهود على ما في الكتاب فلا بد من ان يقرأ عليهم او يعلمهم ما فيه اى باخباره لانه لا شهادة بلا علم المشهود به كما لو شهدوا بان هذا الصك مكتوب على فلان لا يفيد ما لم يشهدوا بما تضمنه من الدين واشتراط علمهم بما في الكتاب قول ابي حنيفة ومحمد والشافعي واحمد ومالك في رواية ومن ان يشهدوا انه ختمه وذلك بان يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم وهذا عند ابي حنيفة ومحمد لا بد ان يكون الكتاب معنونا اى يكتب فيه العنوان الذي قدمناه وهو اسم الكاتب واسم المكتوب اليه ونسبهما والشرط العنوان الباطن فان لم يوجد وكان معنونا في الظاهر لا يقبل لتهمة التغيير وعن هذا قيل ينبغي ان يكون معهم نسخة اخرى مفتوحة ليستعينوا بها على حفظ الكتاب فانه لا بد من التذكر من وقت الشهادة الى وقت الاداء عندهما وقال ابو يوسف آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه بعدما كان وافق قول ابي حنيفة وعن ابي يوسف ايضا ان الختم ليس بشرط ايضا رخص في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة وهذا اختيار شمس الائمة السرخسي ولا شك عندي في صحته فان الغرض اذا كان عدالة الشهود وهم حملة الكتاب فلا يضره كونه غير مختوم مع شهادتهم انه كتابه نعم اذا كان الكتاب مع المدعي ينبغي ان يشترط الختم لاحتمال التغيير الا ان يشهدوا

قال وإذا وصل إلى القاضي لم يقبله إلا بحضرة الخصم لأنه بمنزلة أداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لأنه للنقل لا للحكم **قال** وإذا سلمه الشهود إليه نظر إلى ختمه فإذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقضائه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله إذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح أنه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف رحمه الله لأنه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود وإنما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم

بما فيه حفظا فالوجه أن يكون الكتاب مع الشهود وأن لا يشترط معرفتهم لما فيه ولا الختم بل تكفي شهادتهم أنه كتابه مع عدالتهم والكل مع الدعوى اشترط فهمهم بما فيه فقط ومن الشروط أن يكتب فيه التاريخ فلو لم يكتب لا يقبل وذلك لينظر هل هو كان قاضيا في ذلك الوقت أو لا وكذا الشهادة على أصل الحادثة ولم يكن مكتوبا لا يقبل وفي خزانة المفتين يجوز كتاب القاضي إلى القاضي في المصر ومن قاضي مصر إلى قاضي رستاق ولا يجوز من قاضي رستاق إلى قاضي المصر انتهى والذي ينبغي أن يعتبر عدالة الشهود والأصل في الكتاب الرفق ولو كان العنوان من فلان إلى فلان أو من أبي فلان إلى أبي فلان لا يقبل لأن مجرد الاسم أو الكنية لا يعرف به إلا أن تكون الكنية مشهورة مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى وكذلك النسبة إلى أبيه فقط مثل عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وقد تقبل الكنية المشهورة كأبي حنيفة على رواية أبي سليمان ولا تجوز في سائر الروايات لأن الناس يشتركون في الكنية غير أن بعضهم يشتهر بها فلا يعلم المكتوب إليه أن المكنى هو ذاك الذي اشتهر بها أو غيره بخلاف ما لو كتب إلى قاضي بلدة كذا فإنه في الغالب يكون واحدا فيحصل التعريف بالإضافة إلى محل الولاية ولم يشترط أبو يوسف العنوان الظاهر إذا لم يكن معنونا وكان مختوما وشهدوا بالختم كفى قوله وإذا وصل إلى القاضي لم يقبله إلا بحضرة الخصم وفي بعض النسخ لم يقبله إلا بحضرة الخصم كما ذكرنا فيما تقدم والمراد به لا يقرؤه إلا بحضور الخصم وقوله فإنه لا يتعلق به حكم ترتيب الحال أنه إذا وصل المدعي إلى القاضي جمع بينه وبين خصمه فإن اعترف به استغنى عن الكتاب وإن أنكر قال له هل لك حجة فإذا قال نعم كتاب القاضي إليك طالبه بالبينة عليه فإذا أحضرهم وأحضر خصمه إن لم يكن حاضرا فيشهدون بحضرته أن كتاب القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا فيفتحه وقرأه عليه وإنما لم يقرأه إلا بحضوره لأنه أي الكتاب في المعنى بمنزلة الشهادة على الشهادة لأن القاضي ينقل ألفاظ الشهود بعبارته إلى المكتوب إليه كما أن شاهد الفرع ينقل شهادة شاهد الأصل بعبارته بخلاف القاضي الكاتب فإنه يسمع من الأصول الشهادة وإن كان الخصم المدعى عليه غائبا لأن سماعه ليس للحكم بل للنقل وكان سماعه بمنزلة تحمل الفرع بشهادة الأصل وفي التحمل لا يشترط حضور الخصم كذا هذا وهذا كله قول أبي حنيفة ومحمد وعلمت أن قول أبي يوسف الاكتفاء بالشهادة أنه كتابه وختمه ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة في شهود الكاتب للفتح حيث قال فإذا شهدوا فتحه ولم يقل فإذا شهدوا وعدلوا قال المصنف والصحيح أنه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكر الخصاف واحترز به عما ذكر في المغني فإنه قال فيه فتحه ولم يقل فإذا شهدوا وعدلوا قال المصنف أي ذكر الخصاف لا يفتح قبل ظهور العدالة ثم قال ما ذكره محمد أصح يجوز أي يجوز الفتح قبل ظهورها بعد الشهادة بأنه كتابه وجه المصنف ما ذكر الخصاف من أنه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود بأن ارتاب في عدالة فيقول زد في شهودك ولا يمكن أداء الشهادة من المزيدين إلا حال قيام الختم فروع ولو سمع الخصم بوصول كتاب القاضي إلى قاضي بلدة فهرب إلى بلدة أخرى كان للقاضي المكتوب إليه أن يكتب إلى قاضي تلك البلدة

وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلاً للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضياً آخر في غير عمله او في غير عملهما وكذلك لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعاً له وهو معرّف بخلاف ما اذا كتب ابتداءً الى كل من يصل اليه على ما عليه مشائخنا لانه غير معرّف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما

بما ثبت عنده من كتاب القاضي ولما جوزنا للاول الكتابة يجوز للثاني والثالث وهلم جرا للحاجة ولو كتب فلم يخرج من بلده حتى رجع الخصم لم يحكم عليه بتلك الشهادة التي سمعها من شهود المكاتب بل يعيد المدعي شهادتهم لان سماعة الاول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضاء وانما يستفيدها لو كان الخصم حاضراً وقت شهادتهم **قوله وانما يقبله المكتوب اليه** هذا شرط آخر لقبول الكتاب والعمل به وهو ان يكون القاضي الكاتب على قضائه الى ان يمضي آخر الكتاب فلو انه مات او عزل قبل ان يصل الى المكتوب اليه او خرج عن اهلية القضاء بجنون او عمى قالوا او فسق وانما يتخرج على القول بالعزل بالفسق بطل الكتاب وقال ابو يوسف والشافعي يعمل به وبه قال احمد لان كتاب القاضي كالشهادة على الشهادة لانه ينقل به شهادة الذين شهدوا عنده الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتاب فكان كشهود الفرع اذا ماتوا بعد اداء الشهادة قبل القضاء او مات الاصل بعد اداء الفرع فانه لا يمنع القضاء وحاصل الجواب في الذخيرة منع تمام النقل بمجرد الكتابة بل حتى يصل وبقراءته لان هذا النقل بمنزلة القضاء ولهذا لا يصح الا من القاضي فلا يتم الا بوجوب القضاء ولا يجب الا بقراءته وبهذا تبين ان العبارة الجيدة ان يقال لو مات قبل قراءة الكتاب لا قبل وصوله لان وصوله قبل ثبوته عند المكتوب اليه وقراءته لا توجب عليه شيئاً فقول المصنف التحق بواحد من الرعايا يعني قبل تمام القضاء ولهذا لا يقبل اخباره قاضياً آخر غير المكتوب اليه في غير عمله او غير عملهما ولو كان على قضائه لانه بالنسبة الى العمل الآخر كواحد من الرعايا غير ان الكتاب خص من ذلك بالاجماع ولو مات بعد وصول الكتاب وقراءته عمل به المكتوب اليه هكذا ذكر في ظاهر الرواية وكذا لو مات المكتوب اليه او عزل وولي غيره لا يعمل الذي قام مقامه عندنا الا اذا كان كتب الى فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعاً له وقد قدمنا ما هنا وقال الشافعي واحمد يعمل به لان المعول عليه شهادة الشهود على ما تحملوه ومن تحمل وشهد وجب على كل قاضي الحكم بشهادته وصار كما لو كتب والى كل قاض يصل اليه واجيب بان الكاتب لما خص الاول بالكتابة فقد اعتمد عدالته وامانته والقضاة متفاوتون في اداء الامانة فصح التعيين بخلاف ما اذا اردفه بقوله والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان هناك اعتمد على علم الكل وامانتهم فكان الكل مكتوباً اليهم معينين ما لو كتب ابتداء الى كل من يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم فقد منا انه اجازه ابو يوسف وهو مذهب الشافعي واحمد ومنعه ابو حنيفة والظاهر ان محمداً مع ابي حنيفة والقول قول ابي يوسف لان اعلام المكتوب اليه وان كان شرطاً فالعموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الاجمال والتجهيل فصار قصديته وتبعيته سواء ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب او بعده ولا خلاف فيه **قوله ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي** في الحدود والقصاص وهو قول للشافعي وفي قول آخر يقبل وهو قول مالك واحمد لان الاعتماد على الشهود وقد شهدوا قلنا ان فيه اي في كتاب القاضي شبهة البدلية وصار كالشهادة على الشهادة ولا يقام بها الحد لان مبنى الحدود والقصاص على الاسقاط بالشبهات وفي قبول الكتاب سعي واحتياط في اثباتهما وعرف من تقديرنا ان المعنى على عدم الواو في قوله ولان

فصل آخر ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها فيهما وقد مر الوجه وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك لأنه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث يستخلف لأنه على شرف الفوات لتوقته فكان الأمر به إذنا في الاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثاني بمحضر من الأول أو قضى الثاني فأجاز الأول جاز كما في الوكالة وهذا لأنه حضره رأي الأول وهو الشرط وإذا فوض إليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الأصيل حتى لا يملك الأول عزله إلا إذا فوض إليه العزل هو الصحيح

بينا هاهنا إلى آخره والله أعلم أنك ربما تطلع على فروع كثيرة في الكتب فيها تصريح منع الكتاب فيها مثل ما ذكر في الخلاصة وغيرها في رجل وامرأة ادعيا ولدا وقالا هو معروف النسب منا وهو في يد فلان استرقه في بلد كذا فطلب الكتاب لا يكتب في قول أبي حنيفة ومحمد وإن ادعيا النسب ولم يذكرا الاسترقاق يكتب بالاتفاق لأنه دعوى النسب مجردا فكان كدعوى الدين بخلاف المسئلة الأولى لأنه يريد دفع الرق فهو كدعوى أنه عبده **فرع** هل يكتب القاضي بعلمه في الخلاصة هو كالقضاء بعلمه والتفاوت هنا أن القاضي يكتب بالعلم الحاصل قبل القضاء بالإجماع كذا قال بعضهم ولو أقام شاهدا واحدا عند القاضي وسأل أن يكتب بذلك كتابا إلى قاض آخر فعل فإنه قد يكون له شاهد في محل المكتوب إليه ويكتب في الدين المؤجل وبين الأجل ليطالبه إذا حل هناك ولو كان استوفى غريمه دينه وأبرأه منه وأقام عليه بينة وإنما أريد أن أقدم البلدة التي هو فيها وأخاف أن يأخذني به فعند محمد يكتب وعند أبي يوسف لا يكتب وأجمعوا أنه لو قال جحد في الاستيفاء والإبراء مرة يكتب وكذا إذا ادعى أن الشفيع الغائب سلم الشفعة وأقام بينة وطلب أن يكتب له هل يكتب هو على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد وكذا امرأة ادعت الطلاق على زوجها الغائب وشهدت فطلبت الكتاب هو على الخلاف ولو قالت طلقني ثلاثا وانقضت عدتي وتزوجت بآخر وأخاف أن ينكر الطلاق فأخاصمه وقالت للقاضي سل حتى إذا أنكر أقمت عليه البينة فالقاضي يسأله بلا خلاف والقياس في الكل هذا الاحتياط

فصل آخر قوله ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص وقال الأئمة الثلاثة لا يجوز لأن المرأة ناقصة العقل ليست أهلا للخصومة مع الرجال في محافل الخصوم وقال صلى الله عليه وسلم لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة رواه البخاري قال المصنف وقد مر الوجه يعني جواز قضائها وهو أن القضاء من باب الولاية كالشهادة والمرأة من أهل الشهادة فتكون من أهل الولاية وقيل هو قوله قبيل ولأن فيه شبهة البدلية ولا يخفى أن هذا إنما يخص وجه استثناء الحدود والقصاص والأحسن أن يجعل كلا منهما والمصنف لم ينصب الخلاف فيحتاج إلى الجواب عن الدليل المذكور والجواب أن ما ذكر غاية ما يفيد منع أن تستقضي وعدم حله والكلام لو وليت وأثم المقلد بذلك أو حكمها خصمان فقضت قضاء موافقا لدين الله كان ينفذ أم لا لم ينتهض الدليل على نفيه بعد موافقته ما أنزل الله إلا أن يثبت شرعا سلب أهليتها وليس في الشرع سوى نقصان عقلها ومعلوم أنه لم يصل إلى حد سلب ولايتها بالكلية ألا ترى أنها تصلح شاهدة وناظرة في الأوقاف ووصية على اليتامى وذلك النقصان بالنسبة والإضافة ثم هو منسوب إلى الجنس فجاز في الفرد خلافه ألا ترى أن تصريحهم بصدق قولنا الرجل خير من المرأة مع جواز كون بعض أفراد النساء خيرا من بعض أفراد الرجال ولذلك النقص الغريزي نسب صلى الله عليه وسلم لمن يوليهن إلى عدم الفلاح فكان الحديث متعرضا للمولين ولهن بنقص الحال وهذا حق لكن الكلام فيما لو وليت فقضت بالحق لماذا يبطل ذلك الحق قوله وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء في صحته ولا مرضه إلا أن يفوض ذلك إليه فيملكه كما أنه إذا صرح فيه بالمنع فيمتنع منه وهذا لأنه قلد القضاء دون التقليد به فصار كالوكيل ليس له أن يوكل بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث جعل له

قال واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه

ان يستخلف لانه لتوقته بحيث لو عرض في وقته ما يمنعه كان لا الى خلف ومعلوم ان الانسان عرض الاعراض فكان المولى له آذنا في استخلافه دلالة بشرط ان يكون المستخلف سمع الخطبة اما اذا لم يكن سمعها فلا لانها من شرائط افتتاح الجمعة بخلاف ما لو سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد الخطبة حيث يجوز لان المامور هناك بان ليس بمفتتح والخطبة شرط الافتتاح وقد وجد في حق الاصل ولذا لو افسدها هذا الخليفة واستفتح يجوز وان لم يشهد الخطبة لان شروعه فيها صحيح وهذا الشروع التحق بمن شهد الخطبة حكما بخلاف المستعير فان له ان يعير بشرطه لانه يملك المنافع لنفسه فكان له تمليكها بخلاف ولاية القضاء فانما هي اذن في ان يعمل لغيره وهذا ما قالوا ان من قام مقام غيره لغيره لا يكون له اقامة غيره مقام نفسه ومن قام مقام غيره لنفسه كان له ذلك بخلاف الوصي يملك الايصاء والتوكيل بطريق الدلالة ايضا لان ثبوتها بعد الموت وربما يعجز القاضي عن المباشرة بنفسه والموصي قد مات فلا يمكن رجعه الى رايه فتضمن الايصاء الاذن بالاستخلاف دلالة ولو قضى الثاني بحضرة من الاول او قضى بغيبته فبلغه فاجازه جاز كما في الوكالة اذا وكل الوكيل غيره فتصرف بحضرته او بغيبته فاجازه نفذ لانه حضره راي الاول وهو الشرط لانه المقصود وتوكيله وتحقيق حاله انه فضولي ابتداء ووكيل انتهاء ولا يمتنع اذ قد يجوز في الانتهاء والبقاء ما لا يجوز في الابتداء خصوصا وقد فرض زوال المانع من الصحة في الابتداء وهو كونه ليس مما حضره رايه واذا فوض اليه الاستخلاف بملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصيل يعني السلطان حتى لا يملك الاول عزله الا اذا كان المقلد قال له وله من شئت واستبدل من شئت فيملك عزله وقال جعلتك قاضي القضاة وهو الذي يتصرف فيهم مطلقا تقليدا وعزلا وفيه خلاف الشافعي واحمد

قوله واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة المشهورة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه وفي بعض نسخ القدوري او يكون قولا الخ وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه قالوا انما اعاده لان في عبارة الجامع فائدتين ليستا في القدوري احدهما تقييده بالفقهاء وافادة انه لو لم يكن عالما بالخلاف لا ينفذ قال شمس الائمة وهو ظاهر المذهب لا ينفذ على قول الاكثر ولا يخفى ان لا دلالة في عبارة الجامع على كونه عالما بالخلاف وانما غاية ان ما اختلف فيه الفقهاء في نفس الامور فقضى القاضي بذلك الذي اختلف فيه عالما بانه مختلف فيه او غير عالم فانه اعم من كونه عالما ثم جاء قاض آخر يرى خلاف ذلك الذي حكم به امضاه وربما يفيد ان الثاني عالم بالخلاف وليس الكلام فيه فان هذا هو المنفذ والكلام في القاضي الاول الذي ينفذ هذا الآخر حكمه وليس فيه دليل على انه كان عالما بالخلاف بطريق من طرق الدلالة نعم في الجامع التنصيص على انه ينفذ واذا كان خلاف رايه وكلام القدوري يفيده ايضا فانه قال اذا رفع اليه حكم حاكم امضاه وهو اعم منتظم ما اذا كان موافقا لرايه او مخالفا فانما في الجامع التنصيص عليه اذا كان مخالفا وقوله الا ان يخالف الخ حاصله بيان شرط جواز الاجتهاد ومنه يعلم كون المحل مجتهدا فيه حتى تجوز مخالفته اولا فشرط محل الاجتهاد ان لا يكون مخالفا للكتاب والسنة يعني المشهورة مثل البينة على المدعي واليمين على من انكر فلو قضى بشاهد

وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي

وبعضها لا ينفذ ويتوقف على امضاء قاض آخر ذكره في اقضية الجامع وفي بعض المواضع ينفذ مطلقا ثم يراد بالكتاب المجمع على مراده او ما يكون مدلول لفظه ولم يثبت نسخه ولا تأويله بدليل مجمع عليه فالاول مثل حرمت عليكم امهاتكم الآية لو قضى قاض بحل ام امرأته كان باطلا لا ينفذ والثاني مثل ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ولا ينفذ الحكم بحل متروك التسمية عمدا وهذا لا ينضبط فان النص قد يكون مؤولا فيخرج عن ظاهره فاذا ادعيناه يجاب بانه مأول بالمذبوح للانصاب ايام الجاهلية فيقع الخلاف في انه مأول او ليس بمأول فلا يكون حكم احد المناظرين بانه غير مأول قاضيا على غيره ومع الاجتهاد فيه نعم قد يترجح بعد احد القولين على الآخر بثبوت دليل التأويل فيقع الاجتهاد في بعض افراد هذا القسم انه مما يسوغ فيه الاجتهاد اولا ولذا تمنع نحن نفاذ القضاء في بعض الاشياء ويجيزونه بالعكس ولقد نقل الخلاف في الحل عندنا ايضا وان كان كثير لم يحك الخلاف ففي الخلاصة في رابع جنس من الفصل الرابع من ادب القاضي قال واما القضاء بحل متروك التسمية عمدا فجائز عندهما وعند ابي يوسف لا يجوز انتهى واما عدم تسويغ الاجتهاد فلكونه مخالفا للاجماع وسواء كان على الحكم وعلى تأويل السمعي او نقل عدم تسويغ فقهاء العصر اجتهاده وذلك مثل اجتهاد ابن عباس رضي في جواز بيع الدرهم بالدرهمين لم يقبله الصحابة منه فلو قضى به قاض لا ينفذ حتى روي انه رجع عنه وهذا هو مراد المص بقوله وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض يعني انه لا يعتبر في انعقاد الاجماع بل لا يعتبر في جواز الاجتهاد ولم يرد بالبعض ما دون النصف او ما دون الكل لا الواحد والاثنين والا لم يعتبر قضاء في محل مجتهد فيه اصلا اذ ما من محل اجتهاد فيه الا واحد الفريقين اقل من الفريق الآخر اذ لا ينضبط تساوي الفريقين ولذا لم يمثلوا الا بخلاف ابن عباس ونحوه وهو خلاف رجل واحد فالمراد اذا اتفق اهل الاجماع على حكم وخالفهم واحد لا يصير المحل بذلك محل اجتهاد حتى لا ينفذ القضاء بقول ذلك الواحد مقابلا قول الباقين ثم هذا اعم من كونهم سوغوا اجتهاد ذلك اولا والذي صححه شمس الائمة واختاره ان الواحد المخالف لو سوغوه له لا يثبت حكم الاجماع وان لم يسوغوه لم يكن المحل مجتهدا فيه قال واليه اشار ابو بكر الرازي لان ذلك كما قال المص خلاف لا اختلاف ثم قال المص المعتبر الاختلاف في الصدر الاول يعني ان كون المحل محل اجتهاد بتحقق الخلاف فيه بين الصحابة وقد يحمل بعض العبارات ضم التابعين وعليه فرع الخصاف ان للقاضي ان ينقض القاضي ببيع ام الولد لانه مخالف لاجماع التابعين وقد حكي في هذا الخلاف عندنا فقيل هذا قول محمد اما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فيجوز قضاؤه ولا يفسخ وفي النوازل عن ابي يوسف لا ينفذ القضاء به فاختلف الرواية عن ابي يوسف وقال شمس الائمة السرخسي هذه المسئلة تبتني على ان الاجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عند محمد وعند ابي حنيفة وابي يوسف لا يرفع يعني اختلفت الصحابة في جواز بيعهن فمن على الجواز وعمر وغيره على منعه ثم اجمع التابعون على عدم جواز بيعهن فكان قضاء القاضي به على خلاف الاجماع عند محمد فيبطله الثاني وعندهما لما لم يرفع خلاف الصحابة وقع في محل الاجتهاد فلا ينقضه الثاني ولكن قال القاضي ابو زيد في التقويم ان محمدا روى

ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه

عنهم جميعا ان القضاء ببيع ام الولد لا يجوز فقد علمت ما هنا من تشعب الاختلاف في الرواية وبناء على اشتراط كون الخلاف في الصدر الاول في كون المحل اجتهاديا قال بعضهم ان للقاضي ان يبطله ما قضى به القاضي المالكي والشافعي برأيه يعني انما يلزم اذا كان قول مالك والشافعي وافق قول بعض الصحابة والتابعين المختلفين فلا ينقض باعتبار انه مختلف بين الصدر الاول لا باعتبار انه قول مالك والشافعي فلو لم يكن فيها قول الصدر الاول بل الخلاف متصف فيها بين الائمة للقاضي ان يبطله اذا خالف رأيه وعندي ان هذا لا يعول عليه فان صح ان مالكا والشافعي وابا حنيفة مجتهدون فلا شك في كون المحل اجتهاديا والا فلا لانهم اهل اجتهاد ورفعة ولقد ترى في اثناء المسائل جعل المسئلة اجتهادية بخلاف بعض المشائخ حتى ينفذ القضاء باحد القولين فكيف لا يكون كذلك اذا لم يعرف الخلاف الا بين هؤلاء الائمة يؤيده ما في الذخيرة عن الحلواني ان الاب اذا خالع الصغيرة على صداقها ورأى خيرا لها بان كانت لا تحسن العشرة مع زوجها فان على قول مالك يصح ويزول الصداق عن ملكها ويبرأ الزوج عنه فاذا قضى به قاض نفذ وفي حيض منهاج الشريعة عن مالك فيمن طلقها فمضى عليها ستة اشهر لم تر دما فانها تعتد بعده بثلثة اشهر فاذا قضى بذلك قال ينبغي ان ينفذ لانه مجتهد فيه الا انه نقل مثله عن ابن عمر رض قال وهذه المسئلة يجب حفظها فانها كثيرة الوقوع ثم ذكر في المنتقى ان العبرة في كون المحل مجتهدا فيه اشتباه الدليل لا حقيقة الخلاف قال الا يرى ان القاضي اذا قضى بابطال طلاق المكره نفذ لانه مجتهد فيه لانه موضع اشتباه الدليل اذ اعتبار الطلاق بسائر تصرفاته ينفي حكمه وكذا لو قضى في حد او قصاص بشهادة رجل وامرأتين ثم رفع الى قاض آخر يرى خلاف ذلك ينفذه وليس طريق القضاء الاول كونه في مختلف فيه لانه لا اختلاف فيه وانما طريقه ان القضاء الاول حصل في موضع اشتباه الدليل لان المرأة من اهل الشهادة اذ ظاهر قوله تعالى فرجل وامرأتان يدل على جواز شهادتهن مع الرجال مطلقا وان وردت في المداينة لان العبرة لعموم اللفظ ولم يرد نص قاطع في ابطال شهادة النساء في هذه الصورة ولو قضى بجواز النكاح بلا شهود نفذ لان المسئلة مختلف فيها فمالك وعثمان البتي يشترطان الاعلان لا الشهود وقد اعتبر خلافهما لان الموضع موضع اشتباه الدليل اذ اعتبار النكاح بسائر التصرفات يقتضي ان لا يشترط الشهادة انتهى ولا يخفى انه اذا كان معارضة معنى للدليل السمعي النص توجب اشتباه الدليل فيصير المحل محل اجتهاد وينفذ القضاء فيه فكل خلاف بين الشافعي ومالك رح او بيننا وبينهم او احدهم محل اشتباه الدليل رح اذ لا يخلو عن مثل ذلك فلا يجوز نقضه من غير توقف على كونه بين الصدر الاول ولا باس بذكر مواضع نص فيها اهل المذهب بعينها اذا قضى القاضي بالقصاص بحلف المدعي ان فلانا قتله وهناك لوث من عداوة ظاهرة كقول مالك لا ينفذ لمخالفة السنة المشهورة البينة على المدعي واليمين على من انكر مع ان معنا ظاهر في حديث محيصة وحويصة نذكره في القسامة انشاء الله تعالى رب العالمين ولو قضى بحل المطلقة ثلاثا بمجرد عقد الثاني بلا دخول كقول سعيد بن المسيب لا ينفذ لمخالفته المشهور وهو حديث العسيلة وفي السير من الجامع الكبير اذا قضى ان الكفار لا يملكون ما استولوا عليه لا ينفذ لانه لم يثبت في ذلك اختلاف الصحابة ولو قضى بشهادة الزوج لزوجته تنفذ وفي الفصول نقلا من فتاوى رشيد الدين

وكما ان القضاء على الاول فصل مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره ولان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان عامدا ففيه روايتان

الزوج الثاني اذا طلقها بعد الدخول ثم تزوجها ناسيا وهي في العدة ثم طلقها قبل الدخول ثم تزوجها الاول قبل انقضاء العدة وحكم الحاكم بصحة هذا النكاح ينفذ لان الاجتهاد فيه ساغ وهو صريح ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها وهو ايضا مذهب زفر ولو قضى في المأذون في نوع انه مأذون فيه فقط كمذهب الشافعي يصير متفقا ولو قضى بنصف الجهاز فيمن طلقت قبل الدخول وقد قبضت المهر وتجهزت لا ينفذ لانه خلاف الجمهور وينفذ القضاء بجواز بيع المدبر ولو قضى بعدم جواز عفو الزوجة عن دية العمد بناء على قول البعض انه لا حق لها في القصاص لا ينفذ ولو زنى بام امرأته فقضى باقرار البنت معه نفذ وحكى في الفصول فيمن اذا زنى بامرأة ثم تزوج بنتها فقضى بجوازه خلافا فعند ابي يوسف لا ينفذ للنص عليه وعند محمد يجوز وبصحة السلم في الحيوان ينفذ وينفذ بالقرعة في رقيق اعتق الميت واحدا منهم بالشهادة لابيه وعكسه ينفذ عند ابي يوسف ولا ينفذ عند محمد وبالشهادة على الشهادة فيما دون مدة السفر نفذ وبشهادة شهود على وصية مختومة من غير ان يقرأها عليهم الميت امضاه الآخر وبصحة النكاح المؤقت بايام نفذ ولو عقدا مؤقتا بلفظ المتعة نحو متعيني نفسك عشرة ايام لا ينفذ ولو قضى برد زوجته بالعيوب من العمى والجنون نفذ لان عمر يقول بردها بالعيوب الخمسة وكذا بصحة رد الزوجة له ولو قضى بسقوط المهر بالتقادم بلا اقرار ولا بينة لم ينفذ وكذا اذا قضى ان لا يؤجل العنين هذا في القضاء بمجتهد فيه فاما اذا كان نفس القضاء مجتهدا فيه فهذه فرعيات منه واصله ان الخلاف اذا كان في نفس القضاء الواقع توقف على امضاء قاض آخر فان امضاه ليس للثالث نقضه لان قضاء الثاني هو الذي وقع في مجتهد فيه اعني قضاء الاول وعليه فرع اذا قضى بالحجر على المفسد للفساد لا ينفذ لتحقق الخلاف في القضاء فيتوقف على امضاء قاض آخر وقيل ان يمضيه للثاني نقضه لانه ليس قضاء في مجتهد فيه وكذا لو قضى لامرأته بشهادة رجلين فالقاضي الثاني مخير بين ان يجيزه او يرده لان الخلاف وقع في نفس القضاء ومنه ما لو قضى المحدود في قذفه والاعمى واما قضاء السلطان في امر الاصح انه ينفذ وقيل لا ينفذ فعلى القول بانه لا ينفذ محتاج في نفاذه الى ان ينفذه قاض آخر وقيل في مسئلة الحجر في صحة نقض الثاني ان قضاء الاول ليس بقضاء لعدم المقضي له وعليه فينفذ قضاء الثاني باطلاقه عن الحجر قوله والاصل حاصل توجيه ان القاضي الثاني ينفذ خلاف رأيه في المرفوع اليه وهو ان اجتهاد الثاني في البطلان كاجتهاد الاول في الصحة مثلا فتعارض اجتهادهما وترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض الثاني باجتهاد هو دونه قوله ولو قضى في المجتهد فيه الخ مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رواية واحدة وان كان عامدا ففيه روايتان عنه وجه النفاذ انه ليس بخطأ بيقين لان رأيه يحتمل الخطأ وان كان الظاهر عنده الصواب ورأي غيره يحتمل الصواب وان كان الظاهر عنده خطأه فليس واحد منهما خطأ بيقين فكان حاصله قضاء في محل مجتهد فيه فينفذ ووجه عدم النفاذ ان قضاءه مع اعتقاده انه غير حق عبث فلا يعتبر كمن

ووجه النفاذ انه ليس بخطأ بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر بمخالفة البعض وذلك خلاف ليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول

اشتبهت عليه القبلة فوقع تحريه على جهة فصلى الى غيرها لا يصح لاعتقاده خطأ نفسه فكذا هذا وبه اخذ شمس الائمة الاوزجندي وبالاول اخذ الصدر الشهيد وفرع بعضهم عليه ان ما يفعل القضاة من الارسال الى شافعي ليحكم ببطلان اليمين المضافة لا يجوز الا بشرط كون القاضي المرسل يرى بطلانه كالشافعي والا كان مقلدا لغيره ليفعل ما هو الباطل عنده وهو باطل قال الشيخ ابو المعين هذا خلاف ما عليه السلف فانهم يتقلدون القضاء من الخلفاء ويرون ما يحكمون به نافذا وان كان يخالف راي الخلفاء انتهى ولو كذا الامور وليها في زمن الحكم شريح بما يخالف راي علي كثيرا وهو يعلم ويرى نفاذه كما علم في رد شهادة الحسن له وعمر قبله فقيل صح عن عمر رضي انه قلد ابا الدرداء القضاء فاختصم اليه رجلان فقضى لاحدهما ثم لقي المقضي عليه عمر رض فسأله عن حاله فقال قضى علي فقال لو كنت مكانه لقضيت لك قال فما يمنعك فقال عمر ليس هنا نص والراي مشترك وغير ذلك وتحقيقه ان القاضي المرسل يقطع بان ما يفعله القاضي المرسل اليه مامور به من عند الله فظنه لبطلانه معناه ظنه عدم مطابقته لحكم الله تعالى الثابت في نفس الامر لكن القطع بان المكلف به تعالى ليس اصابة ذلك بل العمل بمظنونه وان خالف حكمه تعالى فقد اوجب عليه ان يعمل بخلاف حكمه تعالى فكان ارسال الحنفي اليه ارسالا لان يحكم بما امره الله تعالى ولا جناح عليه في ذلك مع علمه ان الله جوز له ان يقول هذا القول وان يعمل به من افتى به او حكم به عليه واقتصار المص على وجه النفاذ دليل انه المرجح عنده هذا عند ابي حنيفة وعندهما لا ينفذ في الوجهين يعني وجه النسيان والعمد لانه قضى بما هو خطأ عنده وقد تضمن وجه ابي حنيفة رض جوابه بيسير تامل ومع ذلك ذكر المص كصاحب المحيط ان الفتوى على قولهما وذكر في الفتاوى الصغرى ان الفتوى على قول ابي حنيفة رض فقد اختلف الفتوى والوجه في هذا الزمان ان يفتى بقولهما لان التارك لمذهبه عمدا لا يفعله الا لهوى باطل لا لقصد جميل واما الناسي فلان المقلد ما قلده الا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره هذا كله في القاضي المجتهد فاما المقلد فانما ولاه ليحكم بمذهب ابي حنيفة مثلا فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم هذا وفي بعض المواضع ذكر الخلاف في حل الاقدام على القضاء بخلاف مذهبه فقال وجه من قال بالجواز ان القاضي مامور بالمشاورة وقد يقع على خلاف رايه ووجه المنع قوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله اليك الآية واتباع غير رايه اتباع هوى غيره والوجه الصحيح ان المجتهد مامور بالعمل بمقتضى ظنه اجماعا وهذا بخلاف مقتضى ظنه وعلمه ليس الا قرضا بخلاف المرسل الى من يرى خلاف رايه ليحكم هو فانه لم يعمل فيه بشيء هذا ومن ثمرة اليمين المضافة انه اذا فسخ اليمين المضافة بعد التزوج لا يحتاج الى تجديد العقد ولو وطئها الزوج بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسخ حكي عن برهان الائمة يكون الوطء حلالا ولو كان اليمين كل امرأة فسخت اليمين ثم تزوج باخرى هل يحتاج الى الفسخ في كل امرأة ذكر فيه خلافا عند ابي يوسف يحتاج وعند محمد لا وفي المنتقى ذكر ان عند ابي حنيفة يحتاج وعند ابي يوسف لا يحتاج واختلف فيه المشائخ ايضا وجعله ان لا يحتاج في كل امرأة ان يقضي القاضي عند تزوج امرأة ببطلان اليمين الواقعة مطلقا من غير قيد فسخها في حق تلك المرأة وسنذكر في امر الفتوى فيها كلاما آخر

قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة رح وكذا اذا قضى باحلال وهذا اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مرت في النكاح **قال** ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رح يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق

في باب التحكيم قوله وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك اي هو عند الله حرام وان كان الشهود الذين قضى بهم كذبة والقاضي لا يعلم ذلك وكذا اذا قضى باحلال يكون حلالا عند الله تعالى وان كان بشهادة زور وهذا عند ابي حنيفة رح وهو مشروط بما اذا كانت الدعوى بسبب معين للحل والحرمة كالبيع والنكاح والطلاق وهذه المسألة هي التي تقدمت في النكاح المعنونة بان القضاء بالعقود والفسوخ بشهادة الزور بغير علم القاضي نافذ عند ابي حنيفة رح خلافا لصاحبيه وباقي الائمة ومن المثل ادعى على امرأة نكاحا وهي جاحدة واقام بينة زور فقضى بالنكاح بينهما حل للمدعي وطؤها ولها التمكين خلافا لهم وكذا اذا ادعت نكاحا على رجل وهو يجحد ومنها قضى ببيع امة بشهادة زور بان ادعى على رجل انه باعها امته او انك اشتريتها حل للمنكر وطؤها اذا اقامت البينة الزور وقضى بها وكذا في الفسوخ بالبيع والاجارة وفي الهبة روايتان ومنه ادعت ان الزوج طلقها ثلثا وهو ينكر فاقامت بينة زور فقضى بالفرقة فتزوجت بآخر حل له وطؤها عند الله تعالى وان علم بحقيقة الحال ولا يحل عند الائمة اذا كان عالما بكذب الشهود ومن صور التحريم صبي وصبية سبيا فكبرا واعتقا ثم تزوج احدهما بالآخر فجاء حربي مسلما واقام بينة انهما ولداه فقضى القاضي بينهما بالفرقة فان رجع الشهود او تبين انهم شهود زور لا يحل للزوج وطؤها عنده لان القضاء بالحرمة نفذ باطنا وظاهرا ومحمد في هذه الفروع مع ابي حنيفة لانه لا يعلم حقيقة كذب الشهود واجمعوا في الاملاك المرسلة عن تعيين سبب انه لا يحل باطنا والوجه في الاصل والفرق تقدم قبيل باب الاولياء والاكفاء ومن الاوجه لابي حنيفة رح انه لو فرق بينهما بامر الزوج نفذ ظاهرا وباطنا فبامر الله اولى والقاضي مامور بذلك منه جل وعلا واما الاستشهاد بتفريق المتلاعنين فينفذ باطنا وان كان احدهما كاذبا فليس بشيء وفي الخلاصة واجمعوا على انه لو اقر بالطلقات الثلاث ثم انكر وحلف فقضى لها لا يحل وطؤها وان الشهود لو ظهروا عبيدا او كفارا لا ينفذ باطنا وفيها رجل قال لامرأته انت طالق البتة ونوى واحدة بائنة او رجعية فقضى القاضي بانها ثلاث اخذا بقول عمر رضي الله تعالى عنه نفذ القضاء ظاهرا وباطنا بعد ذلك ان كان الزوج مجتهدا يتبع رأي القاضي عند محمد رح وعند ابي يوسف رح يتبع رأي القاضي ان كان مقضيا عليه وان كان مقضيا له يتبع اشد الامرين عليه وان كان عاميا فان استفتى فقيها افتاه به المفتي صار كالثابت بالاجتهاد عنده وان لم يستفت اخذ بما قضى به انتهى والوجه عندي قول محمد لان اتصال القضاء بالاجتهاد الكائن للقاضي يرجحه على اجتهاد الزوج والاخذ بالراجح متعين وكونه لا يراه حلالا انما يمنعه من القربان قبل القضاء اما بعده وبعد نفاذه باطنا كما فرضت المسألة فلا قوله ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي يجوز اذا كان غائبا عن البلدة او فيها وهو مستتر وقالوا احد وهو قول مالك واحمد رض وان كان في البلد غير مختف فله قولان اصحهما لا يحكم عليه بدون حضوره وهو قول مالك والفرق ان في المستتر تضييع الحقوق لو لم يحكم وفي غيره لا احتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي

ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة بدون الانكار ولم يوجد ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء

والیمين على من انكر فاشتراط حضور الخصم زيادة عليه بلا دليل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين استقضاه على اليمن لا تقض لاحد الخصمين بشيء حتى تسمع كلام الآخر وقدمناه من رواية ابي داود وغيره وتصحيحه وتحسينه فعلم ان جهالة كلامه مانعة من القضاء وذلك ثابت مع غيبته وغيبة من يقوم مقامه ولان حجية البينة على وجه توجب العمل بها موقوف على عجز المنكر عن الدفع والطعن فيها والعجز عنه لا يعلم الا مع حضوره او نائبه ولان شرط العمل بها الانكار حتى لا تسمع على مقر ولا يقضى لها اذا اعترض الاقرار قبل القضاء وبغيبته يفوت العلم بوجود شرط العمل بها وهو الانكار وما لم يعلم بوجود الشرط لا يحكم بثبوت المشروط وهو صحة الحكم عليه ولا يكفي في الحكم بثبوته كونه الاصل لانه يترتب عليه وجود امر فلا بد من ثبوت وجوده ولذا قلنا جميعا فيمن قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم وقال السيد دخلت وقال العبد لم ادخل لا يحكم بوجود العتق بوجود الشرط بناء على ان الاصل عدم الدخول لما ذكرنا انه جعل شرط الحدوث امر آخر فلم يحكم بوجوده بناء على الاصل فان قيل الخلاف ثابت فيما لو حضر وانكر ثم غاب قلنا لان بقاء الانكار شرط القضاء بالبينة وهو محتمل بجواز الرجوع عنه الا بالنظر الى الاصل ولا عبرة به وانما يقضى عليه بالبينة اذا حضر وسكت لانزال الشرع اياه منكرا الا انه غير منكر وما قيل وقف البينة على حضوره غير مفيد لانه اما ان يقر او ينكر وعلى الوجهين الدعوى لازمة عليه فليس بشيء لان مع حضوره يحتمل ان يقر فيبطل حكم البينة او لا فيطعن في البينة ويثبته او لا الطعن فيقضى عليه بالبينة ومع غيبته يشتبه وجه القضاء فلا يجوز وهذا لان حكم الحاكم بالبينة ان ينفذ في حق سائر الناس وبالاقرار يقتصر على المقر ويظهر ذلك فيمن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة يأخذها وولدها ولو اقر بها لرجل لم يأخذ ولدها ولا يرجع بالثمن على بائعها وبالبينة ترجع الباعة بعضهم على بعض وما ذكرنا وفيما لو انكر ثم غاب قول ابي حنيفة رح لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف فانه قال يحكم بها لان انكاره سمع نصا فوجد شرط حجيتها كما لو اقر ثم غاب يقضى بالاقرار وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رح انه لا يقضى بالبينة ويقضى بالاقرار وهو قول ابي حنيفة لان في البينة للمدعى عليه حق الطعن في البينة والقضاء عليه حال غيبته يبطل هذا الحق اما ليس له حق الطعن في اقراره وبالقضاء عليه لا يبطل حقا له وبه قال ابو يوسف اولا ثم رجع حين ابتلي بالقضاء وقال يقضى فيهما جميعا واستحسنه حفظا لاموال الناس واذا علمت انه لا بد من حضوره او حضور من يقوم مقامه فمن يقوم مقامه احد ثلاثة نائب بانابته كوكيله او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما يعني شخصا يقوم مقامه حكما اي يكون قيامه عنه حكما لامر لازم واقتصر المص عليها نفيا للمسخر من جهة القاضي فان فيه اختلاف الروايتين وهو الذي ينصبه القاضي ليسمع عليه الدعوى وكذا لو احضر المدعي رجلا غير خصمه ليسمع القاضي الخصومة والقاضي يعلم انه ليس بخصم لا يسمع الخصومة عليه ولا على المسخر من جهته وانما يجوز نصب القاضي الوكيل عن خصم اختفى في بيته ولا يحضر مجلس الحكم ولكن بعد ان يبعث امناءه الى بابه

لان احكامهما مختلفة ولو انكر ثم غاب فكذلك الجواب لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف ومن يقوم مقامه

داره فينادي على باب داره وليقول احضر مجلس الحكم والا احكم عليك اما في غير ذلك الموضع فلا وذكر محمد رحمه الله في الجامع
رجل غاب وجاء رجل فادعى على رجل ذكر انه غريم الغائب وكله بطلب كل حق له على غرمائه بالكوفة والمدعى عليه ينكر
وكالته فاقام بينة على وكالته قضى عليه بالوكالة يعني على الغائب قال شيخ الاسلام فيه دليل على جواز الحكم على المسخر
فانه قال ذكر انه غريم الغائب ولم يقل هو غريم الغائب قال الصدر الشهيد هذا محمول على ما اذا لم يعلم القاضي انه مسخر
فالوجه ان يحمل على احدى الروايتين كما ذكر ظهير الدين في فتاواه انه في نفاذ قضاء القاضي على الغائب روايتان
ذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام انه ينفذ وغيرهما من المشايخ قالوا لا ينفذ وفي فتاوى خواهرزاده لا ينبغي للقاضي
ان يقضي للغائب من غير خصم كما لا ينبغي ان يقضي على الغائب الا ان منع هذا او وكل وكيلا وانفذ الخصومة منهم فهو جائز وعليه الفتوى
انتهى والذي تقتضيه النظر ان نفاذ القضاء على الغائب موقوف على امضاء قاض لان نفس القضاء هو المجتهد فيه فهو
كقضاء المحدود في قذف ونحوه وحيث قضى على غائب فلا يكون عن اقرار عليه ومن فروعه مسئلة عجيبة في الفصل الاول من
الفتاوى الصغرى عين في يد رجل ادعى آخر انه ملكه اشتراه من فلان الغائب وصدقه ذو اليد فالقاضي لا يأمر ذا اليد ان
يسلمها الى المدعي حتى لا يكون قضاء على الغائب بالشراء باقراره وهي عجيبة لانه اعترف بالملك للمدعي ولا يقضى عليه بالتسليم
قال واحال الصدر الشهيد هذه المسئلة الى باب اليمين من ادب القاضي ولم اجدها ثمه واما الثالث فما اذا كان ما يدعيه
على الغائب سببا لا محالة لما يدعيه على الحاضر بحيث لا ينفك عنه وهو في غير صورة في الكتب بخلاف ما اذا كان ما يدعيه على الغائب شرطا
لحقه لا سببا لا محالة او قد يكون سببا وقد لا يكون فانه لا يعتبر به في جعل الحاضر خصما عن الغائب قال المصنف وقد عرف تمامه في الجامع مثال السبب الملازم
لا محالة في ست مسائل ثلث فيما يكون المقضي به شيئين وثلث فيما يكون واحدا اما الثلث الاول فاحدها ادعى دارا في يد رجل انها ملكه وانكر ذو اليد
فاقام البينة انها داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فانه يقضى بها في حق الحاضر والغائب لان الشراء سبب ثبوت ما يدعيه
على الحاضر لان الشراء من المالك سبب لا محالة للملك والثانية ادعى على آخر انه كفل عن فلان الغائب بما يذوب له عليه فاقر المدعى عليه بالكفالة
وانكر الذوب فاقام المدعي البينة انه ذاب له على فلان الف يقضى بها على الكفيل وعلى الغائب حتى لو حضر وانكر لا يلتفت الى انكاره والثالثة
ادعى الشفعة في دار في يد انسان فقال ذو اليد الدار داري ما اشتريتها من احد فاقام المدعي البينة ان ذا اليد اشتراها من فلان الغائب بالف
وهو يملكها وانا شفيعها يقضى بالشراء في حق ذي اليد والغائب ومثال الثلث في الشيئين احدها قذف محصنا فادعى عليه الحد فقال القاذف انا
عبد وعلى حد العبيد وقال المدعي المقذوف بل اعتقك مولاك ولي عليك حد الاحرار والمولى غائب واقام البينة على ذلك تقبل هذه البينة
ويقضى بالعتق في حق الحاضر والغائب جميعا حتى لو حضر وانكر العتق لا يلتفت الى انكاره فالعتق سبب لكمال الحد وهو ما
المدعى على الحاضر وهما شيئان الثانية شاهدان شهدا على رجل بمال فقال المشهود عليه هما عبدان لفلان الغائب فاقام المشهود له
البينة ان مولاهما اعتقهما قبل هذا وهو يملكهما تقبل ويثبت العتق في حق المشهود عليه والمولى الغائب لان العتق لا ينفك عن الشهادة الثالثة
رجل قتل رجلا عمدا وله وليان غائب احدهما وادعى الحاضر على القاتل ان الغائب عفا عن نصيبه وانقلب نصيبه مالا وانكر القاتل

فقد يكون نائباً بإنابته كالوكيل أو بإنابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكماً بأن كان ما يدعى على الغائب سبباً لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب أما إذا كان شرطاً لحقه فلا يعتبر به في جعله خصماً عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع

فأقام المدعي البينة على ذلك تقبل ويقضي بها على الحاضر والغائب جميعاً فإن قيل هذا منتقض بما إذا كان العبد بين حاضر وغائب فادعى العبد على الحاضر منهما أن الغائب أعتق نصيبه وهو موسر وادعى قصر يد الحاضر عن نفسه لصيرورته مكاتباً عند أبي حنيفة وأقام البينة على الحاضر بذلك لا تقبل هذه البينة أصلاً مع أن إعتاق الغائب نصيبه سبب لقصر يد الحاضر عنه لا محالة أجيب بأن عدم القبول عنده في هذه لا لعدم الخصم عن الغائب بل لجهالة المقضي عليه بالكتابة لأن الساكت إن اختار تضمين المعتق لنصيبه العبد مكاتباً من جهة المعتق وإن اختار الاستسعاء يصير مكاتباً من جهة الساكت فكان المقضي عليه بالكتابة مجهولاً فلم تقبل وأما ما لا يكون فيه ما يدعى به على الغائب سبباً لا محالة لما يدعيه على الحاضر بل قد يكون وقد لا يكون فقد يكون أيضاً شيئين وقد يكون واحداً وبيانه في مسألتين أحدهما قال لعبد رجل مولاك وكلني بحملك إليه فأقام العبد البينة أن مولاه أعتقه تقبل في حق قصر يد الحاضر ولا تقبل في حق العتق على الغائب حتى لو حضر الغائب وأنكر العتق يحتاج العبد إلى إعادة البينة والثانية رجل قال لامرأة غائب وكلني زوجك بحملك إليه فأقامت بينة أنه طلقها ثلاثاً تقصر يد الوكيل عنها دون الطلاق فلو حضر وأنكر الطلاق تحتاج إلى إعادتها ومبنية أخرى فالمدعي العتق وقصر اليد والطلاق وقصر اليد لأن العتق والطلاق قد يتحقق ولا يوجب انعزال الوكيل بأن لا يكون هناك وكالة وقد يتحقق موجباً للانعزال بأن وجد بعد الوكالة فليس انعزال الوكيل حكماً أصلياً للطلاق والعتاق فمن حيث إنه ليس سبباً لحق الحاضر في الجملة لا يكون الحاضر فيه خصماً عن الغائب ومن حيث إنه قد يكون سبباً قبلت البينة فيما يرجع إلى حق الحاضر في قصر يده وانعزاله عن الوكالة لأنه ليس من ضرورة انعزال الوكيل تحقق الطلاق والعتاق ولا من ضرورة تحقق الطلاق والعتاق انعزال الوكيل فلا يقضى بالطلاق والعتاق ومن هذا القسم وهو دعوى شيئين إلا أن ما يدعيه على الغائب ليس سبباً لما يدعيه على الحاضر إلا باعتبار البقاء فبيانه في مسائل أحدها قالوا فيمن اشترى جارية فادعى المشتري على البائع أنه كان زوجها من فلان الغائب ولم يعلمه المشتري ويريد أن يردها بهذا العيب وأنكر البائع فأقام المشتري على ذلك بينة فإنه لا يقضى بها لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لأن المدعي شيئان الرد بالعيب على الحاضر والنكاح على الغائب والنكاح المدعى به على الغائب ليس سبباً لما يدعي على الحاضر إلا باعتبار البقاء لجواز أن يكون تزوجها ثم طلقها وإن أقام البينة على البقاء بأن شهدوا أنها امرأته للحال لا تقبل أيضاً لأن البقاء تبع للابتداء والثانية المشتري شراء فاسداً إذا أراد البائع الاسترداد فأقام البينة أنه باع من فلان الغائب لا يقبل لإبطال حق الاسترداد لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لأن نفس البيع ليس سبباً لبطلان حق البائع في الاسترداد وإذا لم يكن خصماً في إثبات نفس البيع لم يكن خصماً في إثبات البقاء لأن البقاء تبع للابتداء كما ذكرنا الثالثة رجل في يده دار بيعت بجنبها دار فأراد ذو اليد أن يأخذ المشتراة بالشفعة فقال المشتري له الدار التي في يدك ليست لك إنما هي لفلان فأقام الشفيع البينة أنها داره اشتراها من فلان الغائب لا يقضى بالشراء لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب لأن المدعي شيئان المدعى على الغائب شراء الدار ليس سبباً لثبوت حقه في الشفعة ما لم يثبت البقاء لأنه لو فسخ بعد الشراء أو أزالها عن ملكه

قال ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم لبقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه وان اقرض الوصي ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج

بسبب من الاسباب لا تكون له شفقة وانما يكون له الشفقة باعتبار البقاء ولا بينة عليه ولو اقام على البقاء لم تقبل ايضا لما ذكرنا واما ما يكون شرطا فعامة المشائخ فيه على انه لا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب فيما يدعيه وصورته قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فانت طالق فادعت ان فلانا طلق زوجته واقامت البينة على ذلك لا يقضى بوقوع الطلاق بها لانه ابتداء القضاء على الغائب وقد افتى بعض المتأخرين كفخر الاسلام والاوزجندي فيه بانتصاب الحاضر خصما ويقضى بوقوع الطلاق كما لو قال ان دخل فلان الدار فانت طالق فبرهنت على دخول فلان حيث يصح وان كان فلان غائبا والجواب انه ليس في هذا القضاء على الغائب بشيء اذ ليس فيه ابطال حق له فصار الاصل ان ما كان شرطا لثبوت الحق للحاضر من غير ابطال حق للغائب قبلت البينة فيه اذ ليس فيه قضاء على الغائب وما تضمن ابطالا عليه لا تقبل **قوله** ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق وهو المسمى في عرفنا حجة وهو الصك ما لحق ههنا هو الاقراض وهذا لان في الاقراض مصلحتهم ولان بقاءه على وجه الارض لا يؤمن معه السارق والغاصب والمكابرة وفي القرض بقاؤها محفوظة عن ذلك مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج فكان النظر في الاقراض بخلاف الوصي فانه لا يقدر على الاستخراج اذ ربما لا يوافقه الشهود او لا يجدهم ولو وجدهم فليس كل بينة تعدل ولا كل قاض يعدل وفي الحثو بين يدي القضاة ذل وصغار فكان اضرارا بالصغار على هذا الاعتبار والاب كالوصي في اصح الروايتين لا يقدر على الاستخراج ووجه الاخرى انه اعم ولاية من الوصي لانها في المال والنفس كولاية القاضي ويزيد عليها بزيادة الشفقة المانعة من ترك النظر فالظاهر انه انما يقرض ممن يأمن جحوده وعلى هذا قالوا لو اخذ الاب قرضا لنفسه يجوز وان روى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز والجواب ان الاعتبار في جواز القرض وعدمه ليس لقرب القرابة ولا لزيادة الولاية بل لتمام القدرة على الاسترجاع بعد وجود اصل الولاية ولا قدرة للاب عليه بخلاف القاضي فانه لو لم يجد الشهود لموت او غيبة يقضي بعلمه ويستخرج ولا يخفى ان قدرته هذه انما تفيد مع وجود الملاءة اما لو اعسر المستقرض صار القاضي كغيره في عدم القدرة وعن هذا قال الخصاف ينبغي للقاضي ان يتفقد احوال الذين اقرضهم المال حتى لو اختل حال احدهم يأخذ منهم المال قبل ان يعسر فلا يقدر وكذا لو كان مستقرض معسرا في الابتداء لا يجوز للقاضي اقراضه وقد انتظم ما ذكرنا حكم القاضي بعلمه فلنفصلها فعندنا وفي قول للشافعي انه يجوز وظاهر مذهب مالك واحمد لا يجوز وعن كل منهما رواية بالجواز كقولنا لانه صلى الله عليه وسلم قال لهند بنت عتبة خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف فهذا قضاء بعلمه وشرطه عند ابي حنيفة ان يعلم في حال قضائه في المصر الذي هو قاضيه بحق غير حد خالص لله من قرض او بيع او غصب او تطليق رجل امرأته او قتل عمد او حد قذف واما اذا علم قبل القضاء في حقوق العباد ثم ولي فرفعت اليه تلك الحادثة او علمها في حال قضائه في غير مصره ثم دخله فرفعت اليه لا يقضي عنده وقالا يقضي وفي التجريد جعل قول محمد مع ابي حنيفة ولو علم في رستاق مصره عندهما يقضي واختلف المشائخ على قول ابي حنيفة رحمه الله سواء

باب التحكيم

واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط اهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام اهلية القضاء اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما

كان مقلد الا ساتيق او لم يكن وحاصل هذا ان قضاء القاضي في القرية والمفازة لا ينفذ عند ابي حنيفة ومحمد ونص اصحاب الامالي عن ابي يوسف انه ينفذ قضاؤه في السواد وهكذا في النوادر عن محمد ولو علم بحادثة وهو قاض في مصره ثم عزل ثم اعيد الى القضاء فعند ابي حنيفة لا يقضي وعندهما يقضي واما في حد الشرب والزنا فلا ينفذ قضاؤه بعلمه اتفاقا والله الموفق

باب التحكيم هذا ايضا من فروع القضاء والمحكم احط رتبة من القاضي فان القاضي يقضي فيما لا يقضي المحكم فاخره عنه ولهذا قال ابو يوسف انه لا يجوز تعليق التحكيم بالشرط واضافته بخلاف القاضي لان حكمه بمنزلة الاصطلاح والواقع منه كالصلح او هو صلح من وجه فلا يكون مثله بالشك والتحكيم جائز بالكتاب قوله تعالى فابعثوا حكما من اهله الآية وفيه نظر واما السنة فما قال ابو شريح يا رسول الله ان قومي اذا اختلفوا في شيء فاتوني فحكمت بينهم فرضي عني الفريقان فقال عليه الصلوة والسلام ما احسن هذا رواه النسائي واجمع على انه صلى الله عليه وسلم عمل بحكم سعد بن معاذ في بني قريظة لما اتفقت اليهود على الرضى بحكمه فيهم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وروي انه كان بين عمر وابي بن كعب منازعة في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت فاتياه فخرج زيد وقال لعمر هلا بعثت الي فاتيتك يا امير المومنين فقال عمر رض في بيته يؤتى الحكم فدخلا بيته فالقى لعمر رض وسادة فقال عمر هذا اول جورك وكانت اليمين على عمر فقال زيد لابي لو عفيت امير المومنين فقال عمر يمين لزمتني فقال ابي نعفي امير المومنين ونصدقه وليعلم انه لا يظن باحد منهما في هذه الخصومة الا انهما اعتقدا الحادثة عليهما فتقدما الى الحكم للتبيين لا للتلبيس وفي الحديث جواز التحكيم وان زيدا كان معروفا بالفقه وقد روي ان ابن عباس كان يختلف اليه وياخذ بركابه عند ركوبه وقال هكذا امرنا ان نصنع بفقهائنا فقبل زيد يده وقال هكذا امرنا ان نصنع باهل بيت نبينا وفيه ان الامام لا يكون قاضيا في حق نفسه وانه ينبغي ان من احتاج الى العلم ياتي الى العالم في بيته ولا يبعث اليه ليأتيه وان كان اوجه الناس واما القاء زيد الوسادة فاجتهاد لمن قوله صلى الله عليه وسلم اذا اتاكم كريم قوم فاكرموه وبسط النبي صلى الله عليه وسلم رداءه لعدي بن حاتم وان الخصومة ليس كغيره واجتهاد عمر على تخصيص هذه الحالة من عموم الاول وانه لا باس بالحلف صادقا وامتناع عثمان رض حين لزمه كان لامر آخر وان اليمين حق المدعي له ان يستوفيها وتسقط باسقاطه قوله واذا حكم رجلان رجلا او امرأة فحكم بينهما ورضيا بحكمه الى ان حكم جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وسنذكر لهذا التخصيص ان دليلها قوله وهذا اذا كان الحكم بصفة الحاكم بان يكون اهلا للشهادة فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي الا ان يحكمه ذميان لانه من اهل الشهادة عليهم فهو من اهل الحكم عليهم وكذا المحدود في القذف والفاسق لا يجوز حكم احد من هؤلاء لعدم اهلية القضاء لعدم اهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى الفاسق ينفذ حكمه وقوله وينفذ حكمه عليهما عطف على جواب المسئلة اعني قوله جاز وهذه شروط التحكيم فقدمنا ما سطى الجواب ولو قدم الجميع وقال وعليها نيفذ حكمه كان يفيد الحصر فيفيد انه لا ينفذ

واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وان خالفه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة فلا يستباح برضاهما قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالطلاق والنكاح وغيرهما وهو صحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام فيه وان حكماه في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف لرأيه ومخالف للنص ايضا الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع

حتى لو كان في عيب يحدث فقضى برده على المعيب للبائع ان يرده على بائعه الا ان يتراضى البائع الاول والثاني والمشتري على تحكيمه فحينئذ يرده على الاول ولو تخاصم الوكيل بالبيع مع المشتري في العيب فحكم برده على الوكيل لم يلزم الموكل الا اذا كان العيب يحدث مثله في رواية وفي رواية الا ان يرضى الموكل بتحكيمه معهما، ان كان العيب لا يحدث مثله ولم يدخل الموكل معهم في التحكيم ففي لزومه للموكل روايتان وانما يتقيد حكمه ولم يتعد لانه كالمصالح ثم تشترط اهليته وقت التحكيم ووقت القضاء جميعا حتى لو حكما عبدا فعتق او صبيا فبلغ او كافرا فاسلم ثم حكم لا ينفذ كما في المقلد وكذا لو كان مسلما وقت التحكيم ثم ارتد لا ينفذ حكمه ثم الاضافة في قوله ولا يجوز تحكيم العبد الى آخره من اضافة المصدر الى المفعول ولو اعتبرت الى الفاعل جاز في بعضها دون بعض وفي المحيط يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كما يجوز تحكيم الذمي ذميا ليحكم بين ذميين وفي يجوز لما ذكرنا ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما اذ هما الموليان له فلهما عزله قبل ان يحكم كما ان للسلطان ان يعزل القاضي قبل ان يحكم ولو حكم قبل عزله نفذ وعزله بعد ذلك لا يبطله فكذا هنا واذا نفذ حكمه لزمهما لصدور حكمه عن ولاية كاملة عليهما فقط لانه قد لا يكون دون الصلح وبعد ما تم الصلح ليس لواحد ان يرجع قوله واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم ابرامه على ذلك الوجه بعينه وان خالفه ابطله وقال مالك وابن ابي ليلى هو كالمقلد فلا يبطله الا ان يكون جورا بينا لم يختلف فيه اهل العلم ونحن نقول ان ولاية القاضي عامة على الناس لعموم ولاية الخليفة المقلد بخلاف المحكمين لانه لهما ولاية على انفسهما فقط لا على القاضي فلا يلزم حكمه القاضي لانه لم يحكمه ولان تقليدهما بمنزلة اصطلاحهما على شيء في المجتهدات وكان للقاضي ان يبطله او ينفذه فكذا هذا ويتبين لك ان المراد من قوله وان خالفه ابطله ليس ما يعطيه ظاهره من لزوم ابطال القاضي اياه بل جواز ان يبطله وان ينفذه وعبارة المبسوط بعد ان ذكر الوجه فلا يجب تنفيذ حكمه على القاضي قوله ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص وهذه احدى الروايتين في القصاص وهي رواية الخصاف قال شمس الائمة في شرح ادب الخصاف من اصحابنا من قال هذا في الحدود الخالصة حقا لله تعالى لان الامام هو المتعين لاستيفائها وليس لهما ولاية على سائر الناس فاما القصاص وحد القذف فيجوز التحكيم فيهما ولكن صاحب الكتاب يريد الخصاف اطلق وقال لا يجوز وهو الصحيح لان حكم الحكم بمنزلة الصلح ولا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف بالصلح ولانها تندرئ بالشبهات وفي حكمه شبهة لانه حكم في حقهما لا في حق غيرهما واي شبهة اعظم من هذا قال المص قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات وهو الصحيح وفي الخلاصة قضاء الحكم في الطلاق والعتاق والنكاح والكفالة بالمال والنفس والديون والبيوع والكفارات والقصاص وارش الجنايات وقطع يد عمدا ونحو ذلك بدية عاقلة جائز اذا وافق راي القاضي وعن ابي حنيفة لا يجوز في القصاص ونقل الناطفي عن ابي بكر الرازي في القصاص ينبغي ان يجوز لان ولي القصاص لو استوفى القصاص من غير ان يرفع الى السلطان جاز فكذا اذا حكم فيه لانه من حقوق بني آدم وتوجيه المص لانه لا ولاية لهما على دمهما فلذا لا يملكان الاباحة يعني لو قال الشخص اقتلني لا يبيح امره ولا يحل للآخر قتله برفعه وهذا لان المقضي عليه هو الاصل في التحكيم والآخر اعني الطالب تبع فكون احدهما وهو الذي يحكم عليه ليس له ان يستوفيه بالحكم لا يقتضي صحة التحكيم فيه بل حتى

ولو اخبر باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة ولو اخبر بالحكم لا يقبل قوله
لانقضاء الولاية كقول المولى بعد العزل وحكم الحاكم لابويه وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم فيه سواء وهذا
لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم
لانتفاء التهمة فكذا القضاء ولو حكما رجلين لابد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الرأي والله اعلم بالصواب

يعني الآخر والآخر لا يملك ما حكم فيه فلا يصح التحكيم فيه وفي الفتاوى الصغرى حكم المحكم في الطلاق المضاف ينفذ لكن لا يفتى به وفيما روي
عن اصحابنا ما هو اوسع من هذا وهو ان صاحب الحادثة لو استفتى فقيها عدلا فافتاه ببطلان اليمين المضافة وسعه اتباع فتواه وامساك
المرأة المحلوف بطلاقها وروي عنهم ما هو اوسع من هذا وهو انه اذا استفتى اولا فقيها آخر فافتاه ببطلان اليمين وسعه امساك المرأة
فان تزوج اخرى وكان حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها فاستفتى فقيها آخر فافتاه بصحة اليمين فانه يفارق الاخرى ويمسك الاولى عملا
بفتواهما وفي الذخيرة فيمن تزوج امرأة بغير ولي فطلقها ثلاثا فبعث القاضي الى شافعي ليحكم بينهما ببطلان ذلك النكاح ببطلان الثلث يجوز وكذا
يحكم بذلك حكما يجوز ولا يفتي به لما عرف انه من خشية تجاسر العوام يعني على هدم المذهب قال وكذا من غاب عن امرأته غيبة منقطعة ولم
يخلف لها نفقة فبعث الى شافعي يحكم بفسخ النكاح لعجز النفقة يجوز ثم قال المصنف ولو حكما في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ لانه لا ولاية
له على العاقلة اذ لم يحكموه وكذا لو حكم على القاتل بالدية في ماله فان القاضي يرده ويقضي بما هو الحق وهو كونه على العاقلة
لانه يخالف لرائه وللنص وهو حديث حمل بن مالك الا اذا ثبت القتل الى قتل الخطأ باقراره فيجوز قضاؤه بالدية
على القاتل لان العواقل لا تعقل القتل الثابت بالاقرار كما لا تعقل العمد والصلح على الدية لان اقراره لا ينفذ
في حقهم اذ لا ولاية له عليهم فاقتصر على نفسه فوجب الدية في ماله وعلى هذا التفصيل ارش الجراحات ان كانت بحيث لا تتحملها العاقلة بان
تجب في مال الجاني بان كانت دون ارش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار او النكول او كان عمدا وان بلغ خمسمائة
نقض الحكم على الجاني جاز لانه لا يخالف الشرع وان كان بحيث تتحملها العاقلة لا يجوز قضاؤه بها اصلا لانه لو قضى على الجاني خالف الشرع
او على العاقلة لا يجوز لانهم لم يحكموه قوله ولو اخبر يعني الحكم لو قال لاحدهما اقررت عندي او قامت عندي بينة عليك بهذا فعدلوا
عندي وقد الزمتك ذلك وحكمت بهذا فانكر المقضي عليه ان يكون اقر او قامت البينة لم يلتفت الى قوله ومضى القضاء عليه
ما دام المجلس باقيا لان الحكم ما دام تحكيمهما قائما كالقاضي المقلد ولو قال المقلد ذلك لا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكذا الحكم الا ان يخرج
الحاكم عن الحكم ويعزله قبل ان يقول حكمت عليك ثم قال الحكم ذلك او قاله بعد ان قام من المجلس لانه بالقيام من المجلس ينعزل
كما لو عزلاه قبل الحكم فصار كالقاضي اذا قال بعد العزل قضيت بكذا لا يصدق كذا هذا قوله وحكم الحاكم سواء كان قاضيا او
محكما لابويه ولولده وزوجته وكل من لا تقبل شهادته له باطل لمكان التهمة بخلاف اذا كان حكم عليهم يجوز لانتفائها قوله ولو حكما رجلين لابد من
اجتماعهما لان الحكم امر يحتاج فيه الى الرأي وانما رضي الخصمان برأيهما فلا ينفرد احدهما ثم لا يصدق الحكمان في اخبارهما عن
الحكم اذا قاما بالمذكور من العزل انهما فالتحقا بسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه حتى لو شهد على ذلك غيرهما او لو شهد عند حكمين
شاهدان ثم مات الشاهدان او غابا فسأل المدعي الحكمين ان يشهدا على شهادتهما لم يجز لانهما ما حكما فلا يجوز ان يشهدا على
شهادتهما واذا عزل احد الحكمين لا ينفرد فلو حكما عبدا او حرا لم يجز ولو حكم مسلم ومرتد رجلا فحكم بينهما ثم قتل المرتد او لحق بدار الحرب
لم يجز حكمه عليهما ولو امر الامام رجلا ان يحكم بين الناس وهو ممن يجوز شهادته جاز ويصير كالقاضي ولو امر القاضي رجلا لم يجز الا باذن
الامام الا ان يجيز القاضي الحكم او تراضيا بهما ان يرسلان بعد الحكم ولو حكما رجلا فاخرجه القاضي من الحكومة ثم حكم بينهما فاجازه جاز

مسائل شتى من كتاب القضاء قال واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند ابي حنيفة رح معناه بغير رضاء صاحب العلو وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على علوه قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رح فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه يتصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة بعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستاجر والاطلاق بعارض فاذا اشكل لا يزول المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه فيمنع عنه

وليس للحكم ان يفوض الى غيره ولو فوض وحكم الثاني بلا رضاهما فاجاز القاضي لم يجز الا ان يجيزاه بعد الحكم وقيل ينبغي ان يكون كالوكيل الاول اذا اجاز فعل الوكيل الثاني ولو حكماه واحدا فحكم لاحدهما ثم حكما آخر فينفذ حكم الاول ان كان جائزا عنده وان كان جائرا ابطله ولو كتب الحكم الى القاضي بقضية لا يجوز فان كتب اليه قاض فرضي به الخصمان حكم بمقتضى الكتاب

مسائل منثورة من كتاب القاضي قوله واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند ابي حنيفة رح اي بغير رضى صاحب العلو وكذا ليس له ان يدخل فيه جذعا والاتفاق على ان ليس له ان يهدم سفله لما فيه من ابطال حق صاحب العلو في سكناه العلو وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على علوه آخر او يضع عليه جذعا او يشرع كنيفا والكوة بفتح الكاف ويقال وتد يتد وتدا من ضرب قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رح لانه انما منع ما فيه ضرر ظاهر لا ما لا ضرر فيه فلا خلاف بينهم وقيل بل بينهما خلاف وهو في محل وقوع الشك فما لا شك في عدم ضرره كوضع مسمار صغير او وسط يجوز اتفاقا وما فيه ضرر ظاهر كفتح الباب ينبغي ان يمنع اتفاقا وما يشك في التضرر به كدق الوتد في الجدار او السقف فعنده يمنع لان الاصل عندهما الاباحة لانه يتصرف في ملكه والحظر لعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع لان اليقين لا يزول بالشك كما لو باع نصيبه من العبد المشترك يجوز ولو كاتب نصيبه لا يجوز وللشريك حق فسخه وعنده الاصل الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير ولهذا يمنع من هدمه اتفاقا وتعلق حق الغير بملكه يمنع تصرفه به كالمرهون والمستاجر تعلق به حق المرتهن فمنع الراهن من التصرف فيه وذكر شيخ الاسلام عن بعضهم ان على قول ابي حنيفة رح صاحب العلو لا يملك التصرف فيه وان لم يضر بالسفل والا لا يملك بالاتفاق وقال الصدر الشهيد خلافه في الاشكال وذكر قاضي خان لو حفر صاحب السفل في ساحته بيرا او ما اشبه ذلك عند ابي حنيفة رح له ذلك وان تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر وعلمت ان ليس لصاحب السفل هدمه فلو هدم يجبر على بنائه لانه تعدى على حق صاحب العلو وهو قرار العلو كالراهن اذا قتل المرهون والمولى اذا قتل عبده المديون وهذا اصل كلي لكل من اجبر على ان يفعل مع شريكه فاذا فعل احدهما بغير امر شريكه فهو متطوع لان له طريق وهو المطالبة بالمشاركة في الفعل كنهر بينهما امتنع احدهما عن كريه وكري الاخر او سفينة تخوف الغرق او بيت او دار او حمام او طاحونة فاصلح احدهما او عبد مشترك حتى فداه احدهما فهو متطوع لان الآخر يجبر وان كان لا يجبر لم يكن متطوعا كعلو لرجل وسفل لآخر سقط السفل فبناه الآخر لا يكون متطوعا لانه لا يجبر صاحب السفل على بنائه فكان في بنائه ايا مضطرا ليصل الى حقه واذا بناه وبنى عليه علوه له منع صاحب السفل من الانتفاع به والسكنى حتى يؤدي قيمته واختلف ان القيمة تعتبر وقت البناء او وقت الرجوع والصحيح وقت البناء وانما قلنا في الدار والبيت والطاحونة والحمام ما ذكرنا اذا كان يمكنه قسمة الساحة فيبني في نصيبه وفي الخلاصة في الفصل الثاني في الحائط وعمارته قال وذكر الخصاف انه يرجع بما انفق وبه اخذ في غاية الحسن اذا كان بالقضاء ويجب ان الغيمن لو على بناء السفل على قدر ما كان عليه ذلك القدر اما اذا كانت الساحة صغيرة لا يمكن بناؤه فيهما بعد القسمة فانه اذا بنى لا يكون متطوعا وكذا اذا انهدم بعضه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا ببنائه فلا يكون متطوعا وفي فتاوى النسفي دار بين رجلين مسيل ماء احدهما على الآخر فاراد صاحب السفل ان يرفع سطحه او يبني

قال وإذا كانت زائغة مستطيلة تنشعب منها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لأهل الزائغة الأولى أن يفتحوا بابا في الزائغة القصوى لأن فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور إذ هو لأهلها خصوصا حتى لا يكون لأهل الأولى فيما بيع فيها

عليه له ذلك وليس للجار منعه ولكن يطالبه بتسييل مائه الى طرف الميزاب وان انهدم السفل او هدمه المالك ليس للآخر ان يكلفه العمارة لاجل تسالة الماء لكن يبني هو ويمنع صاحبه من الانتفاع انتهى ففرق بين التعلي وبين حق التسييل حيث لو هدم في الاول يجبر على البناء ولو هدم الثاني لا يجبر وفي الحائط بين اثنين لو كان لهما عليه خشب فبنى احدهما للثاني ان يمنع الآخر من وضع خشب على الحائط حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنيا وفي الاقضية حائط مشترك اراد احدهما نقضه وابى الشريك ان كان بحال لا يخاف سقوطه لا يجبر وان كان بحيث يخاف عن الامام ابي بكر محمد بن الفضل يجبر وان هدماه واراد احدهما ان يبنيه وابى الآخر ان كان اس الحائط عريضا يمكنه ان يبني حائطا في نصيبه بعد القسمة لا يجبر الشريك وان كان لا يمكن يجبر كذا عن الامام ابي بكر محمد بن الفضل وعليه الفتوى وتفسير الجبر انه وان لم يوافقه الشريك وانفق على العمارة ورجع على الشريك بنصف ما انفق وفي شهادات فتاوى الفضل لو هدماه وامتنع احدهما يجبر ولو انهدم لا يجبر ولكن يمنع الانتفاع ما لم يستوف نصف ما انفق فيه ان فعل ذلك بقضاء القاضي وان كان بلا قضاء فبنصف قيمة البناء انتهى فلو حمل ما تقدم من كون الرجوع بقيمة البناء على ما اذا كان بلا قضاء وقول الخصاف مع قول ابي الفضل ما انفق على ما اذا كان بقضاء ارتفع الخلاف الظاهري فليكن هو المحمل وهذا لانه لما كان مضطرا في البناء كان له التضمين بما صرف لذلك غير انه ليس مضطرا في ترك مراجعة له الولاية على الشريك وهو القاضي فيرجع الى القيمة ولو كان الحائط صحيحا فهدمه احدهما باذن الشريك لا شك انه لا يجبر الهادم على البناء ان اراد الآخر كما لو هدماه وان هدمه بغير اذن الشريك وفي كتاب الحيطان رجل اراد ان يهدم داره ولاهل السكة ضرر لانه تخرب السكة المختار انه يمنع فلو هدم مع هذا فانه يضر بالجدار ان كان قادرا على البناء يجبر على البناء قيل والصحيح انه لا يجبر وفي كتاب الغصب من الخلاصة رجل هدم داره فانهدم دار جاره لا يضمنه قوله واذا كانت زائغة مستطيلة تنشعب منها زائغة اخرى مستطيلة وهي غير نافذة يعني المنشعبة فليس لاحد من اهل الزائغة الاولى اذا كان له جدار في الزائغة المنشعبة ان يفتح في جداره ذلك بابا يخرج منه الى الزائغة المنشعبة وهذه صورتها



والذي يمكنه ان يفتح بابا في الزائغة القصوى هو صاحب الدار التي في ركن الزائغة الثانية وانما قلنا ليس له ذلك لان فتحه للمرور ولا حق يا اهل الزائغة الاولى في الزائغة القصوى بل هو لاهلها على الخصوص وكذا لو بيعت دار في القصوى لم يكن لاهل الاولى شفعة فيها بخلاف اهل القصوى فان لاحدهم ان يفتح بابا في الاولى لان له حق المرور فيها وبخلاف النافذة فان المرور فيها حق العامة ولا خلاف ان له ان يفتح قال بعض المشايخ لا يمنع من فتح الباب بل من المرور لان فتح الباب رفع جداره وله ان يرفعه كله فكذا له ان يرفع بعضه والاصح ان يمنع من الفتح لانه منصوص عليه في الرواية بنص محمد في الجامع ولان المنع بعد الفتح لا يمكن اذ لا يمكن مراقبته ليلا ونهارا في الخروج فيخرج ولانه عساه يدعي بعد تركيب الباب وطول الزمان حقا في المرور ويستدل عليه بتركيب الباب فيكون تركيب الباب مفيدا لنفسه دعوى حق المرور ويكون القول قوله للظاهر الذي معه وهو فتح الباب فلو كانت المنشعبة مستديرة فلهم ان يفتحوا لان الكل منهم حق المرور اذ هي ساحة مشتركة غاية الامر ان فيها اعوجاجا ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها وهذه صورتها وفي

حق الشفعة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قبل المنع من المرور لا من فتح الباب لانه رفع
جداره والاصح ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعي

الحيطان رقاق غير نافذة اراد انسان ان يبني من ابنه ان يتخذ طينا ان ترك من الطريق قدر المرور للناس ويرفعه بعضا
ويفعل في الاحايين مرة لا يمنع منه وكذا لو اراد ان يبني اربطا او دكانا وهو الذي نسميه في عرفنا
مصطبة ولو استأذن رجلا في وضع جذوع على حائطه او حفر سرداب تحت داره ففعل ثم باع الآذن
داره للمشتري ان يأخذه برفعها الا اذا اشترط بقاؤها عند البيع وكذا لو كان نصب اعمدة ملاصقة
بجدار الرجل مقابلة لبابه ونصب عليها وعلى وجه داره سقيفة للمشتري ان يطالبه بازالتها الا اذا شرطها
ولو ان لرجل حائطا ووجهه في دار رجل فاراد ان يطين حائطه ولا سبيل اليه الا بدخول دار الرجل
او انهدم الحائط فوقع نقضه في داره فاراد ان يدخل لنقل الطين وغيره فمنعه صاحب الدار اوله
مجرى ماء في داره فاراد حفره واصلاحه ولا يمكن الا بدخول دار الرجل وهو يمنعه يقال له اما ان تتركه
يدخل ويصلح ويفعل او تفعل بمالك كذا روي عن محمد وبه اخذ الفقيه ابو الليث وفي وقف
النوازل دار مشتركة بين قوم لبعضهم ان يربطوا الدابة فيها وان يضعوا الخشبة على وجه لا يضر
بصاحبه وان يتوضأ بحيث لا يطلق عليهم الطريق لمرورهم ولو عطب بها احد لا يضمن ولو حفر الارض
يؤمر ان يسويها وفي اول قسمة الاصل قبيل باب قسمة الدار رجل اصابه ساحة في القسمة فاراد ان
يبنيها ويرفع بناءها واراد الآخر منعه وقال تسد علي الريح والشمس له ان يرفع بناءه وله ان يتخذ
فيها حماما او تنورا وان كف عما يؤذي جاره فهو احسن ولا يجبر على ذلك ولو فتح صاحب البناء في
علو بنائه بابا او كوة لم يكن لصاحب الساحة منعه ولصاحب الساحة ان يبني في ملكه ما يستره منه ولو اتخذ
بيرا في ملكه او كرباسا او بالوعة فتنهدم منها حائط جاره وطلب جاره منه تحويله لم يجبر عليه فان سقط الحائط
من ذلك لا يضمن هذا كله ظاهر المذهب وجواب الرواية وحكي عن ابي حنيفة ان رجلا شكى اليه
من بير حفرها جاره في داره فقال احفر في دارك بقرب تلك البير بالوعة ففعل فنجست البير فكبسها صاحبها
ولم يفت بمنع الحافر بل هداه الى هذه الحيلة وبذلك كان يفتي الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني وفي
مضاربة النوازل لو اتخذ داره حظيرة للغنم والجيران يتاذون من نتن السرقين ولا يامنون على الرعاة ليس
هم في الحكم منعه وبه قال الشافعي واحمد ولو حفر في داره بيرا فخر منها حائط جاره ليس له منعه قال في
فصول العمادي نقلا من الذخيرة بعد ان نقل عن نصير بن يحيى ان للقاضي منع الجار من ذلك وذكر غيره نضره
سلكهم بقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار والوجه لظاهر الرواية لان صاحب البناء كان ينتفع
بهواء ملك صاحب الساحة قبل البناء فصاحب الساحة قبل اذا سد الهواء بالبناء فانما منعه عن الانتفاع
بملكه ولم يتلف عليه ملكا ولا منفعة فصار كما لو كان لرجل شجرة يستظل بها جاره فاراد قطعها لا يمنع من ذلك

اعني في القصوى بتركيب الباب وان كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم ان يفتحوا بابا لان لكل واحد منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها

وان تضرر به الجار لمنعه من ذلك الانتفاع وتصير هذه المسألة رواية في مسألة لها في الكتب رواية وصورتها بالفارسية في الذخيرة وغيرها وحاصلها بالعربية داران لرجلين لكل منهما سقف واحد فاراد احدهما ان يرفع البناء ويجعله ذا سقفين قال في الفتاوى الصغرى ان كانا في القديم بسقف واحد فللآخر ان يمنعه وان كانا ذا سقفين فليس له منعه قال وحد القديم ان لا يحفظ اقرانه وراء هذا الوقت كيف كان قال في الخلاصة فلو اقام احدهما البينة على انه قديم والآخر محدث فبينة القديم اولى قال ولا تقبل شهادة اهل السكة في هذا قال في الذخيرة ينبغي ان لا يكون له المنع على هذه المسألة لان صاحب البيت الآخر يجعل بيته ذا سقفين ويمنعه من الانتفاع بهواء ملك نفسه انتهى وعلى تقدير الفرق فالفرق ان في هذه المسألة وهي مسألة البيت يريد ان يمنعه من الضوء والضوء من الحوائج الاصلية وفي مسألة الاصل منعه عن الشمس والريح وذا من الحوائج الزائدة انتهى واما قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فلا شك انه عام مخصوص للقطع بعدم امتناع كثير من الضرر كالتعزير والحدود ونحوها طبخ يتشرر به جاره فبقي ان يجب في خصوص اماكن تحقق ضرر به جيران لا يطيقون لفقرهم ولحاجتهم خصوصا اذا كان فيهم مريض يتضرر به وكما اريناك من التضرر بقطع الشجرة المدركة للفاكهة فاذا ان يحمل على خصوص من الضرر وهو ما يجري الى هدم بيت الجار ونحوه من الضرر البين الفاحش وفي الذخيرة وحكي عن بعض مشايخنا ان الدار اذا كانت بجنب دار رجل فاراد صاحب الدار ان يبني فيها تنورا للخبز الدائم او رحى للطحن او مدقة للقصارين لم يكن له ذلك لانه يتضرر به جيرانه ضررا فاحشا قيل اجمعوا على منع الدق الذي يهدم الحيطان ويوهنها ودوران الرحى من ذلك والحاصل ان القياس في جنس هذه المسائل ان يفعل صاحب الملك ما بدا له مطلقا لانه متصرف في خالص ملكه وان كان يلحق الضرر بغيره لكن يترك القياس في موضع يتعدى ضرره الى غيره ضررا فاحشا كما تقدم وهو المراد بالبين فيما ذكر الصدر الشهيد وهو ما يكون سببا للهدم وما يوهن البناء سبب له او يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو ما يمنع الحوائج الاصلية كسد الضوء بالكلية على ما ذكر في الفرق المتقدم واختاروا الفتوى عليه فاما التوسع الى منع كل ضرر ما فيسد باب الانتفاع بملك الانسان كما ذكرنا قريبا ومنه ما ذكر ابو الليث في فتاواه حجرة سطحها وسطح جاره مستويان فاخذ جاره حتى يتخذ حائطا بينه وبين جاره ليس له ذلك فلو اراد ان يمنعه من الصعود حتى يتخذ سترة ان كان اذا صعد يقع بصره في دار جاره له المنع وان كان لا يقع لكن تقع اذا كانوا على السطح ليس له المنع قال في فصول العمادي وعلى قياس المسألة المتقدمة وهي ان لا يمنع صاحب الساحة ان يفتح صاحب العلو كوة ينبغي ان لا يكون في هذه للجار حق المنع من الصعود الا ترى ان محمدا لم يجعل لصاحب الساحة حق منع صاحب

قال ومن ادعى فى دار دعوى وانكرها الذى هى فى يده ثم صالحه منها فهو جائز وهى مسئلة الصلح على الانكار وسنذكرها فى الصلح ان شاء الله تعالى والمدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة فى الساقط فلا تفضى الى المنازعة على ما عرف **قال** ومن ادعى دارا فى يد رجل انه وهبها له فى وقت فسئل البينة فقال جحدنى الهبة فاشتريتها واقام المدعى البينة على الشراء قبل الوقت الذى يدعى فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض اذ هو يدعى الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدنى الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا ذكره فى بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع منه فيعد مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملكه عندها

البناء عن فتح الكوة فى علوه مع انه يتضرر ويقع فى الساحة والمراد من قوله باخذ جار ببناء السترة ان يشاركه فى بنائها لا ان يستقل هو بذلك ويدل عليه بعض العبارات فى كتاب الحيطان دار بين رجلين قسماها وقال احدهما بينى حاجزا بيننا ليس على الآخر اجابته وان كان احدهما يؤذى الآخر بالاطلاع عليه كان للقاضى ان يامرهما ببنائه يتحاوران نفقته بقدر حصة كل منهما بفعله القاضى للمصلحة ونظيرها فى فتاوى ابى الليث رجل فى داره شجرة فرصاد فاذا ارتقاها يطلع على عورات الجار يمنعه القاضى منه اذا رآه قال فى الذخيرة وعلى قياس مسئلة فتح الكوة ليس للجار ولاية المرافعة ولا للقاضى المنع انتهى ولقد احسن الصدر الشهيد فى واقعاته حيث قال المختار ان المرتقى يخبرهم وقت الارتقاء مرة او مرتين حتى يستروا انفسهم لان هذا جمع بين الحقين **قوله** ومن ادعى فى دار دعوى وانكرها الذى هى فى يده ثم صالحه دار رجل منها فهو جائز وهى مسئلة الصلح على الانكار وسنذكرها فى الصلح ان شاء الله تعالى ونقل فى النهاية عن بعضهم انه اراد بالدعوى مقدرا معينا كالثلث ونحوه لتصح الدعوى فانها لا تصح مع جهالة المدعى به ونقل عن والد ظهير الدين انه كان يقول الصلح عن الدعوى قال انما يصح اذا كانت صحيحة لان الصلح انما يصح لابتداء اليمين واليمين انما تتوجه اذا صحت الدعوى قال وهذا يشكل على قول ابى حنيفة رح فانه لو ادعى رجل على امرأة نكاحا فاسدا فصالحها على مال وقعت اليه صح مع ان اليمين لا تتصور فى النكاح عنده فالحق ان الصلح يتحقق لدفع الشغب والخصام صحت الدعوى او لم تصح ولهذا قال المص رح والمدعى وان كان مجهولا فالصلح عن مجهول على معلوم جائز عندنا لانه جهالة فى الساقط فلا يفضى الى المنازعة يعنى وهو المانع **قوله** ومن ادعى دارا فى يد رجل انه وهبها له فى وقت يعنى ذكر وقتا معينا كقوله منذ شهر وسلمها الى فملكتها وهى الآن فى يده وطالبه بدفعها الى فطالبه القاضى بالبيان فقال ليس لى بينة على الهبة بل على الشراء لانه بعد الهبة والتسليم ظفر بها فجحدها عنى فاشتريتها منه واقام بينة شهدوا وارخوا وقتا قبل الوقت الذى يدعى فيه الهبة لا تقبل لظهور التناقض بين الدعوى والبينة لان الدعوى ان الشراء فى تاريخ بعد تاريخ الهبة وهم يشهدون به قبل الهبة وبين نفس اجزاء الدعوى لانه يقتضى البينة وقوله كانه قال وهب لى هذا الشئ وكان ملكى بالشراء قبل فلا يثبت الملك بالهبة بعد الشراء فكان مناقضا ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق الذى ذكرناه ولو ادعى الهبة يعنى وارخ فطولب بالبينة فقامت على الشراء قبله ولم يقل جحدنى الهبة فاشتريتها توفيقا لم تقبل ايضا ذكره فى بعض النسخ كانه يريد نسخ الاصل لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه فعد مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملكه الواهب عندها اى عند الهبة ولو لم يؤرخ الشراء تقبل البينة كما لو ذكر تاريخا بعد الهبة لامكان الحمل على ما ينتفى به التناقض وهذا على احدى الروايتين فى تصحيح الدعوى اذا امكن التوفيق وان لم يدعه المدعى وشاهده ما ذكر فى رجل ادعى دارا فى يد رجل انها داره اشتراها

ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فأنكر الآخر إن أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه أن يطأها لأن المشتري لما جحد كان فسخا من جهته إذ الفسخ يثبت به كما إذا تجاحدا فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم وإن كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو إمساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضاء البائع فيستبد بفسخه قال ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنه زيوف

من أبيه في صحته وهو ينكر وأقام المدعي على ذلك بينة ولم تترك أو لم يقم بينة وحلف المدعى عليه ثم أقام بينة أنها دار ورثها من أبيه قبل القاضي بينته ولا تكون دعواه الإرث تناقضا ولو ادعى الإرث من الأب أولا ثم ادعى الشراء منه بعد ذلك وأقام عليه بينة لا يقضى له بالدار لإمكان التوفيق في الأول بخلاف الثاني قال شيخ الإسلام إذا أمكن التوفيق تصح الدعوى وإن لم يدع المدعي التوفيق وفي دعوى المبسوط إشارة إلى أنه لا تقبل بينته إلا أن يوفق المدعي فكان التوفيق من المدعي شرطا في رواية وليس شرطا في أخرى وفي المحيط قيل ما قالوا يوفق بغير دعوى المدعي قياس وما قالوا لا يوفق بدون دعواه استحسان فإن قيل ينبغي أن لا تقبل هذه البينة لأنه يدعي شراء ما ملكه بالهبة والتسليم أجيب بأن سائر العقود تنفسخ بالتجاحد إلا النكاح وهنا كذلك فإن الفسخ يتحقق من جهة الواهب بجحده وحين أقدم الآخر على الشراء منه فقد رضي بذلك فانفسخت الهبة بتراضيهما فاد الشترى هو ذلك فقد اشترى ما لا يملكه **قوله** ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فأنكر الآخر إن أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه أن يطأها لوجهين أحدهما أن المشتري لما جحد كان فسخا من جهته إذ الفسخ يثبت بالجحد كما إذا تجاحدا معا حيث ينفسخ قطعة فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وأورد عليه أن مجرد العزم لا يحصل به الفسخ ألا يرى أن من له خيار الشرط إذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا ينفسخ الجواب بأن المراد العزم المؤكد بفعل اقترن به من إمساكها ونقلها إلى بيته فإن إمساكها لا يحل بلا فسخ فكان الفسخ ثابتا به دلالة كمن قال لآخر آجرتك هذه الدابة يوما بكذا لتركبها إلى مكان كذا فأخذ المستأجر ليركبها كان ذلك قبولا دلالة لأن الأخذ والاستعمال لا يحل بلا قبول وفي المحيط تفسير العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا يكتفي بمجرد النية وبنى في الفوائد الظهيرية عليه فرعا ذكره في الجامع اشترى عبدا ثم باعه من آخر فجحد المشتري الثاني البيع فخاصمه المشتري الأول إلى القاضي ولا بينة له فعزم أي المشتري الأول على ترك الخصومة ثم اطلع على عيب كان عند البائع الأول وأراد رده فاحتج البائع الأول بدعواه على الثاني فإن كان عزم المشتري على ترك الخصومة إن كان بعد تحليف الثاني برده أو قبله فلا لأنه غير مضطر في فسخ البيع الثاني وهذا بخلاف ما لو جحد الزوج النكاح وحلف وعزمت الزوجة على ترك الخصومة لم يكن لها أن تتزوج والنكاح لا يحتمل الفسخ بسبب من الأسباب الوجه الثاني التزام أن الفسخ يحصل بواحد وهو قوله ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضى البائع فيستبد بفسخه لفوات شرط البيع وهو التراضي وسنذكر نظر صاحب الكافي في تدافع الوجهين قريبا **قوله** ومن أقر هنا مسائل الإقرار بالقبض ومسائل الإقرار بالدين أما مسائل القبض فإذا أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنها زيوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو أيضا القبض يعني أقر أنه قبض من مديونه بدين من اقتضه عنه أو ثمن بيع أو بدل إجارة أو قال غصبت منه أو [illegible] ألف درهم ثم قال إلا أنها زيوف أو

تنبت وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض ايضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز بها فيما ذكرنا لا يجوز والزيف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة ما يغلب عليها الغش

نبهرجة او قال بعد نعم هي زيوف او نبهرجة يصدق في الوصل والفصل وفي المبسوط اقر الطالب انه قبض ماله على فلان مائة درهم ثم قال وجدتها زيوفا فالقول قوله وصل ام فصل لان الاطلاق المعرف فيصدق قوله مصدق وهذا بخلاف ما اذا اقر بالدين في المبسوط في باب الاقرار بالدين لو قال لفلان علي الف درهم من ثمن مبيع او قرض او اجارة الا انها زيوف او نبهرجة لم يصدق في دعوى الزيافة وصل ام فصل في قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يصدق ان وصل لا ان فصل ولو قال لفلان علي الف درهم من غير ذكر سبب تجارة او غصب قال بعض المشائخ هو على الخلاف ايضا لان مطلق الاقرار بالدين ينصرف الى الالتزام او التجارة اذ هو اللائق بحال المسلم وقيل لا يصدق هنا اذا وصل بالاتفاق لان صفة الجودة تصير مستحقة بعقد التجارة فاذا لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجودة مستحقة وتاتي الحجج ان شاء الله تعالى من الجانبين وقال الشافعي واحمد اذا فصل لا تقبل في جميع العقود لانه كما ذكر العشرة فهم الجياد وقوله هي زيوف رجوع عن ما اقر به قلنا في مسئلتنا انما اقر بقبض الدراهم وقبض الدراهم لا يختص بالجياد لان اسم الدراهم لا يختص بالجياد بل يقع على الزيوف والنبهرجة فاذا قال هي زيوف او نبهرجة كان حاصله انه اعترف بقبض عدة من الدراهم منكرا انه قبض حقه اعني الجياد فيصدق مع يمينه اذا كان الآخر يكذبه ولم يكن رجوعا عن شيء لان الاعم يصدق على كل اخص فاذا نفى انه البعض ما صدق عليه بعينه وانه مما صدقاته الاخرى لا يكون مناقضا بخلاف ما لو قال هي ستوقة او رصاص لا يقبل لانها ليست من جنسها فكان رجوعا واما لو اعترف انه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى ما له عليه لا يصدق في دعواه الزيوف والنبهرجة لانه في هذا اقر بقبض الجياد صريحا في الاول ودلالة فيما بعده لان حقه والثمن وكذا بدل الاجارة هي الجياد قال في النهاية جمع المفسرين هذه المسائل الاربع في الجواب بانه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فانه اذا اقر بالجياد ثم ادعى انها زيوف لا يصدق لا موصولا ولا مفصولا وفيما بقي يصدق موصولا لا مفصولا والفرق ان قوله قبضت ما لي عليك وحقي اقرار بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فيصح موصولا كما قال علي الف الا مائة اما اذا قال قبضت عشرة جيادا فقد اقر بالقدر بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الا انها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كما لو قال علي مائة درهم ودينار الا دينارا فان الاستثناء باطل وان كان موصولا فان قيل يجب ان لا يصح استثناء الجودة وان دخلت تحت الاقرار بلفظ واحد لان الجودة تبع للدراهم وصفة لها فاستثناء التبع موصولا لا يصح كاستثناء البناء من الدار لا يصح وان كان موصولا قلنا انما لا يصح استثناء البناء لانه دخل تحت اسم الدار تبعا فلا يجوز اخراجه موصولا واما الجودة فدخلت تحت اللفظ مقصودا كالوزن لانه اقر بقبض ما عليه كالوزن وكما عليه تسليم الجودة فكانت الجودة داخلة تحت قوله ما لي عليك وحقي عليه مقصودا لا تبعا فيجوز استثناؤه موصولا انتهى وقال صاحب الدراية بعد ان نقله فيه نوع تامل وعندي ان المتامل لشهده لا يرده وكانه والله اعلم اشكل عليه تبعية الجودة لما ذكر في السؤال من انها تبع وصفة للدراهم والصفة ابدا تابعة للموصوف وهذا سهو عن قوله دخلت تحت

قال ومن قال لآخر لك علي ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء لأن إقراره هو الأول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة أو تصديق خصمه بخلاف ما إذا قال لغيره اشتريت وأنكر الآخر له أن يصدقه لأن أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد والمعنى أنه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق أما المقر له يتفرد برد الإقرار فافترقا

اللفظ مقصودا ففيه حصل رده على السائل ان يكون تبعا في الوجود قد يكون مقصود المتكلم باللفظ وصحة الاستثناء باعتبار كونه مقصودا من اللفظ كقصد الباقي سواء كان تبعا في الوجود له او اصلا مثله وانما كانت الستوقة ليست من جنس الدراهم لان غشها غالب واسم الدراهم باعتبار الفضة والنسبة الى الغالب تعين فاذا كان الغالب هو الغش فليست دراهم الا مجازا وكذا قيل هو معرب سه طاقه يعني ثلث طاقات الطاق الاعلى والاسفل فضة والاوسط نحاس وهو شبه المموهة وتعقب في النهاية اطلاق قوله في الستوقة لا يصدق بل ذلك اذا قال مفصولا اما في الموصول يجب ان يصدق فانه قال في اقرار المبسوط لو اقر انه قبض خمسمائة درهم مما له على المديون ثم قال بعد ما سكت هو رصاص لم يصدق لان اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة وان قال موصولا فالقول قوله لان الرصاص من الدراهم صورة وان لم تكن منها معنى فكان بيانا مغيرا لظاهر كلامه الى ما هو محتمل فيصح موصولا ففي الستوقة اولى لان الرصاص ابعد منها الى الدراهم وذكر المحبوبي في جامعه مصرحا فقال فاما اذا انهما قال وجدتها ستوقة او رصاصا قال شيخ الاسلام خواهر زاده ذكر محمد انه يصح اذا كان موصولا وقد سنا ان القول قول القاضي مع يمينه فلا يمين على الطالب انها كانت جيادا في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف احلفه اذا اتهمته

قوله ومن قال لآخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء او قال هي لك او قال هي لفلان فقد رد اقراره فلو عاد الى تصديقه وادعى الالف لم يسمع منه الا ان عاد المقر الاقرار بها بعد رد المقر له فصدقه بعد الاقرار الثاني فانه يثبت استحسانا لا قياسا بخلاف ما لو اقر سيد لعبده بنسبه لانسان فكذبه المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه حيث لا يثبت عند ابي حنيفة لان الاقرار بالنسب لا يرتد بالرد حتى كان للمرد ان يعود ويدعيه فلما لم يبطل بالرد بقي مقرا بنسبه لغيره فلا يمكن ان يدعيه لنفسه ولو كان الاقرار بسبب المال مثل ان تقول اشتريت مني وانكر له ان يعود فيصدقه لان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ بانكاره ان كان فسخا من جهته لا يحصل به الانفساخ وكان العقد قائما بعد انكاره فله ان يصدقه بعد ذلك اما المقر له بالمال فينفرد بالرد فافترقا وناقضه في الكافي بانه ذكر هنا ان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ وفيما تقدم يعني من مسئلة التجاحد قال ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضي البائع فيستبد بالفسخ والتوفيق بين كلاميه صعب انتهى وهو صحيح والمقتضي انه لو تعذر الاستيفاء مع الاقرار بان مات ولا بينة ان لا ينفسخ ويستمتع بالجارية فالوجه ما قدمناه اولا وهذه فروع ذكرها في النهاية لو صدقه ثم رد اقراره لا يرتد ولو وهبت المرأة صداقها لزوجها وقبل ثم رده فرده باطل وكذا لو قبل المديون الابراء ثم رد وكذا لو قال لعبده وهبت لك رقبتك فرد لا يرتد لانه عتاق هذا كله في رد المقر له اقرار المقر فاما لو رد المقر اقرار نفسه كان اقر بقبض المبيع او الثمن ثم قال لم اقبض واراد تحليف الآخر انه قبضه او قال بعد ان اقر بقبض المبيع لم اقبض او قال هذا لفلان ثم قال هو لي واراد تحليف فلان او اقر بدين ثم قال كنت كاذبا واراد تحليف الدائن انه قبضه لا يحلف في المسائل كلها عند ابي حنيفة ومحمد لانه متناقض فهو كما لو قال ليس لي على فلان شيء ثم ادعى عليه مالا

قال ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك على شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك على الابراء وقال زفر رح لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب الا يرى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك على شيء قط لان التوفيق اظهر ولو قال ما كان لك على شيء قط ولا اعرفك لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة ومصالحة بدون المعرفة وذكر القدوري رح انه تقبل ايضا لان المحتجب او المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيامر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق **قال** ومن ادعى على آخر انه باعه جارية فقال لم ابعها منك قط فاقام البينة على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة فاقام البائع البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع وعن ابي يوسف رح انه تقبل اعتبارا بما ذكرنا وجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما ذكرنا

واراد تحليفه ولا يحلف وعند ابي يوسف والشافعي يحلف وهو رواية عن احمد لان العادة جرت على هذه الاشياء قبل تحققها تحرزا من امتناع القابض عن الاشهاد بعد ان يسلمه فيجب ان تراعى العادة وصار كما لو اقر بالبيع وقال كان تلجئة وطلب يمين الآخر حلف عليه كذا هذا وقال الصدر الشهيد الراي في التحليف الى القاضي يريد انه يجتهد في خصوص الوقائع فان غلب على ظنه انه لم يقبض حين اقر واشهد يحلف له خصمه ومن لم يغلب على ظنه فيه ذلك لا يحلفه وهذا انما هو بالتفرس في الاخصام والله الهادي **قوله** ومن ادعى على آخر مالا معلوم القدر وما يصح به الدعوى فقال المدعى عليه ما كان لك على شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك لو اقامها على الابراء وقال زفر لا تقبل ونقل عن ابي ليلى لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكر الوجوب حيث قال ما كان لك على شيء قط فاذا اقام على انه قضاه ناقض ولنا ان التوفيق كذا ن
يمكن لان غير الحق قد يقضى دفعا للشغب وان لم يكن عليه حق ويبرأ منه ولذا يقال اقضى بباطل وايضا قد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا لو قال ليس لك على شيء قط لان التوفيق اظهر لانه نفي في الحال وهو لا يستلزم النفي مطلقا لجواز القضاء والابراء بعد اللزوم فينتفي في الحال بعد وجوده وهذا الاطلاق يقتضي قبول البينة اذا احتاجت الى التوفيق من غير دعوى التوفيق وفي بعض المواضع شرط محمد دعوى التوفيق ولم يذكره في بعض المواضع فقيل يشترط الدعوى في الكل ويحمل ما سكت فيه على ما ذكر فيه حتى قال في الاقضية لا ينبغي للقاضي ان يوفق لانه نصب لفصل الخصومات لا لانشائها ولان القاضي لا يدري ما يوفق به المدعي وفي الفوائد الظهيرية كان والدي يفتي بان التوفيق اذا كان ممكنا يجب على الحاكم التوفيق كيلا يتعطل حجج الشرع والتوسط في هذا ان وجه التوفيق اذا كان ظاهرا متبادرا يجب ان تسمع البينة بلا توفيق المدعي كقوله ليس لك على شيء ثم اقامها على انه قضاه ونحوه وان كان متكلفا لا يعتبره القاضي واقعا ما لم يذكره المدعي والله سبحانه اعلم وذلك مثل قوله وهبها لي ثم انكر فاشتريتها وكذا فيما ياتي في الجارية لم ابعها ولكن اقام بينة كاذبة بالبيع فسالته ان يبرأ من العيوب فان مثل هذا في الحقيقة تلقين للحجة هذا فلو زاد على ذلك فقال ما كان لك على شيء قط ولا اعرفك او قال ولا رايتك او ولا جرى بيني وبينك مخالطة ولا خلطة ولا اخذ ولا اعطاء او ما اجتمعت معك في مكان وما اشبه ذلك ثم اقام بينة على القضاء او الابراء لم تقبل لتعذر التوفيق وذكر القدوري عن اصحابنا انها تقبل ايضا لان المحتجب او المخدرة قد تؤذى بالشغب على بابه فيامر بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك وامكن التوفيق فعلى هذا قالوا يجب التفصيل وان كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته والا قبلت وفي الثاني لو قال لم ادفع اليه شيئا ثم ادعى الدفع لم يسمع لانه يستحيل ان يقول لم ادفع اليه شيئا وقد دفعته اما لو ادعى اقراره بالدفع اليه او القضاء ينبغي ان يسمع لان المناقض هو الذي هكذا ن
يجمع بين كلامين وهنا لم يجمع ولهذا لو صدقه المدعي عيانا لا يكون مناقضا ذكره التمرتاشي وقيل تقبل البينة على الابراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لان الابراء يتحقق بلا معرفة **قوله** ومن ادعى على آخر انه باعه جارية فقال لم ابعها منك قط فاقام المدعي البينة على شرائها اياها منه فقبضها فوجد بها اصبعا زائدة ونحوه من عيب لا يحدث مثله في تلك المدة

قال ذكر حق كتب فى اسفله ومن قام بهذا الذكر فهو ولى ما فيه ان شاء الله تعالى او كتب فى الشراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله وهذا عند ابى حنيفة رح وقالا ان شاء الله تعالى هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره فى الاقرار لان الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصل فى الكلام الاستبداد وله ان الكل كشئ واحد بحكم العطف فيصرف الى الكل كما فى الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشى الى بيت الله تعالى ان شاء الله ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت

يعلم انه كان فى يد البائع واراد ردها فاقام البائع بينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل وعن ابى يوسف تقبل اعتبارا بما ذكرنا يعنى التوفيق فى الدين وقوله وعن ابى يوسف يشير الى انها ليست ظاهر الرواية عنه ولذا لم يذكر محمد فيه خلافا بين اصحابنا فى الجامع الصغير وانما حكاه الخصاف عن ابى يوسف ووجه التوفيق هنا ان يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه لما ادعى على البيع سألته ان يبرأنى عن العيب فابرأنى قال شارح ولان البيع غير البراءة من العيب فجحود احدهما لا يمنع دعوى الآخر ولا يخفى ما فيه وذكر فى وجه التوفيق ايضا ان يكون البائع وكيلا عن المالك فى البيع فكان قوله للمالك ما بعتها لك قط صدقا فاقامت البينة على البراءة من العيوب ليس مناقضا والوجه الاول اعم لانه لو كانت هذه الدعوى على الوكيل نفسه لا يوفق بذلك ونظيره ما ذكر التمرتاشى اقام بينة على الشراء وذو اليد منكر ثم اقام المنكر بينة على ان المدعى قد رد البيع قبلت ولا يبطل انكاره البيع بينة لانه يقول اخذ ما منى بينة كاذبة ثم استقلته فاقالنى ووجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيستدعى وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا ولا يخفى ان كلا من وجه التوفيق الاول والثالث يدفع هذا **قوله** ذكر حق يعنى صكا فى اقرار بدين قال فى آخره ومن قام بهذا الذكر فهو ولى ما فيه يعنى من اخرجه كان له ولاية المطالبة بما فيه من الحق ثم كتب ان شاء الله تعالى متصلا بهذه الكتابة او صك شراء كتب فيه وما ادرك فان المشترى من الدرك فعلى فلان خاصة ان شاء الله تعالى فعند ابى حنيفة يبطل الصك كله الدين فى الاول والشراء فى هذا والخلاص وعندهما كل من الدين والشراء باق صحيح وقوله ان شاء الله ينصرف الى ما يليه وهو ولاية من قام به وضمان الدرك خاصة وقولهما استحسان له ان الكل بواسطة العطف كشئ واحد اتصل به الاستثناء فينصرف الى الكل للاتفاق على ان قول القائل عبده حر وامرأته طالق وعليه المشى الى بيت الله ان شاء الله تعالى يبطل الكل فلا يقع طلاق ولا عتاق ولا يلزم نذر ولهما ان الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصل فى الكلام الاستبداد فقال العلم بالمقصود من كتب الصك دلالة على قصر الصرف الى الاخير بما هو العادة وعليها يحمل الحادث لا على انه قد يكتب للابطال لغرض قد يتفق وظاهر الوجه من الجانبين ان ان شاء الله تعالى اجرى بالاتفاق مجرى الاستثناء غير ان ابا حنيفة خالف مقتضاه وهو انصراف الاستثناء الى ما يليه خاصة بالعطف وهما سلما ذلك لولا عوض فهم الغرض من كتبه وهو بعيد اذ لو كان كذلك لم يتصور وجود جمل متعددة بعضها استثناء فينصرف الى الاخير لان وجود الجمل المتعددة انما يكون بالعطف فاذا كان العطف يصيرها كواحد لزم فى كل استثناء متصل بجمل مسوق بعضها على بعض ان ينصرف الى الكل ويستحيل وجود المسئلة بل الوجه ان ان شاء الله شرط وحكم الشرط اذا تعقب الجمل المسوق بعضها على بعض ان ينصرف الى الكل ولذا لم يعتق ولم تطلق ولم يلزم النذر فيما ذكرنا فمشى ابو حنيفة على حكمه وهما اخرجا صور كتب الصك من عمومه بعارض اقتضى تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب جملا متعاطفة وهو ما ذكرناه ولذا كان قولهما استحسانا اجماعا على قوله هذا اذا كان ان شاء الله مكتوبا متصلا بالكتابة فلو فصل بينهما بفرجة كان كفاصل السكوت فلا يعمل شيئا اتفاقا وقد اورد ان هذا الكلام يقتضى انه لو لم يكتب ان شاء الله تعالى لم يبطل شئ ويلزم به صحة الوكالة للمجهول بالخصة

على ان

فصل في القضاء بالمواريث **قال** واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وقال زفر رحمه الله القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتبره للدفع وهو يعتبره للاستحقاق ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول قولهم ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا

في قوله ومن قام بهذا الذكر فهو ولي ما فيه وتوكيل المجهول لا يصح اجيب بان الغرض من كتابة اثبات رضى المدعى عليه بتوكيل من يوكله المدعي فلا يمتنع المديون عن سماع خصومة الوكيل بالخصومة عند ابي حنيفة فان التوكيل بالخصومة لا يصح الا برضى الخصم عنده ودفع بانه لا يفيد على قوله لان بهذا يثبت الرضى بتوكيل وكيل مجهول والرضى بتوكيل مجهول باطل فلا يفيد على قوله ايضا وقيل بل فائدته التحرز عن قول ابن ابي ليلى فانه لا يصح التوكيل بالخصومة عنده بلا رضى الخصم الا اذا وجد الرضى بتوكيل وكيل مجهول فيجوز لكن ذكر في كتب المذاهب الاربعة ان عند ابن ابي ليلى يجوز التوكيل بالخصومة بغير رضى الخصم مطلقا

فصل في القضاء بالمواريث **قوله** واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته فانا استحق في ميراثه وقالت الورثة بل اسلمت قبل موته فلا ميراث لك فالقول قول الورثة وكان الاولى ان يقال بدله قوله القول قول الورثة لا تصدق الا ببينة لان العادة ان من كان القول له يكون مع يمينه ولا حلف عليهم الا ان ادعت انهم يعلمون كفرها بعد موته فلها ان تحلفهم على العلم وقال زفر القول لها لان الاسلام حادث فالظاهر اضافته الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان من الميراث ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر هو استصحاب اعني استصحاب الماضي للحال نعتبره للدفع وما ذكره استصحاب عكس ذلك لان الاستصحاب يكون من الماضي للحال ومن الحال الى الماضي لكنه اعتبره للاستحقاق وليس حكم الاستصحاب كذلك والمراد بجريان ماء الطاحونة ما اذا اختلف مالكها مع المستأجر اذا طالبه الاجرة فقال كان الماء منقطعا حكم جريانه في الحال فاذا كان منقطعا في الحال فيقطع على الماضي لدفع استحقاق اجرة الماضي فكذا هذا فالتعبير بالاستصحاب احسن من التعبير بالظاهر فان ثبوت الاستحقاق كثيرا ما يكون بظاهر كاخبار الآحاد وقد يثبت بالاستحقاق ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول لهم ايضا ولا يحكم الحال هنا لانه لا استصحاب للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون والاستصحاب يكفي لهم في ذلك وهو استصحاب ما في الماضي من كفرها الى ما بعد موته فالمسألتان مبنيتان على اصل واحد وهو ان الاستصحاب اعتبر فيهما للدفع لا للاستحقاق فان قيل اعتبار الحال في ماء الطاحونة شاهدا للماضي عمل باثبات الاستحقاق بالاستصحاب فان به يستحق مالكها اجر الماضي اذا كان جاريا اجيب بان هناك اتفقا على وجود سبب الوجوب وهو العقد ولكن اختلفوا في التاكيد والظاهر يصلح حجة للتاكيد وفي مسألة الميراث نفس السبب مختلف فيه وهو الزوجية مع اتفاق الزوجين في الدين عند الموت واستشكل بما ذكر محمد في الاصل اذا مات وترك ابنين فقال احدهما مات ابي مسلما وقد كنت مسلما حال حياته وقال الآخر صدقت وانا ايضا اسلمت حال حياته وكذبه الابن المتفق على اسلامه وقال بل اسلمت بعد موته فالقول للابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حكما على اسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البنوة اجيب بانه انما يصار الى ما ذكر من الطريق اذا اختلفا في تمام الماضي في ثبوت ما هو ثابت للحال واما اذا اختلفا في مقدار منه فلا يصار اليه الى تحكيم الحال وان كان السبب قائما حتى ان في مسألة الطاحونة اذا اتفقا على الانقطاع في بعض مدة الاجارة بان قال المستأجر كان الماء منقطعا شهرين وقال الآخر شهرا فالقول للمستأجر مع يمينه منقطعا كان الماء او جاريا في الحال لانهما اختلفا في جريان مقدر وهو غير ثابت للحال وفي مسألة الابنين ومسألة

قال ومن مات وله في يد رجل اربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه لانه اقر ان ما في يده حق الوارث خلافة فصار كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع اليه ولو قال المودع لآخر هذا ابنه ايضا وقال الاول ليس له ابن غيري قضي بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح اقراره للثاني كما لو كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح وحين اقر للثاني له مكذب فلم يصح

الكتاب الاختلاف واقع في مقدار مدة الاسلام لا في نفس الاسلام انه كان او لم يكن والثابت في الحال نفس الاسلام لا الاسلام مقدر فسنده الى ما خفي المسئلة وذكر الامام التمرتاشي مسئلة وهي ترد ايضا شبهة على الاصل اعني كون الاستحقاق لا يثبت بالظاهر وهو لو ادعت المرأة انها ابانها في المرض فصار فارا فلها الارث وقالت الورثة بل في الصحة فالقول قولها لانها انكرت المانع من الارث وهو الطلاق في الصحة يعني والاصل عدم المانع قوله ومن مات وله في يد رجل باربعة آلاف درهم مثلا وديعة فاقر المستودع لرجل انه ابن الميت لا وارث له غيره فانه يقضى عليه بالدفع اليه لانه اقر ان ما في يده حق الوارث الآن ملك له خلافة فهو كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر المودع لرجل انه وكيل المودع بالقبض اي بقبض الوديعة او انه اشتراه اي اشترى الوديعة التي في يده من المودع حيث لا يؤمر بالدفع لانه اقر بقيام حق المودع وملكه في الوديعة الآن اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته لزوال ملكه فانه اقر له بملك لما في يده من غير ثبوت ملك لمالك معين فيه الحال وفي فصل الشراء وان كان قد اقر بزوال ملك المودع لكن لا ينفذ في حق غيره اعني المالك لانه لا يملك ابطال ملكه باقراره فصار كالاقرار بالوكالة بقبض الوديعة ثم لو دفع الى الذي اعترف له بالوكالة بقبض الوديعة هل له ان يسترد قيل لا لانه صار ساعيا في نقض ما تم به وقال ظهير الدين كان والذي يتردد في جواب هذه المسئلة ولو لم يدفع الوديعة للذي اقر له بالوكالة حتى هلكت قيل يضمنها لانه منعها من وكيل المودع في زعمه فهو كما لو منعها من نفس المودع وقيل لا لانه لم يجب عليه الدفع بخلاف المديون اذا اقر لرجل انه وكيل الدائن بقبض ماله عليه فانه يؤمر بالدفع اليه لانه غير مقر على مال غيره اذ الديون تقضى بامثالها فالمثل ملك المقر فما اقر على نفسه حتى يرجع عليه الدائن اذا لم يعترف بالوكالة اذا قدم فيؤمر بالدفع ولو قال المودع لآخر هذا ابنه ايضا وانكر الابن الاول قضي بالمال للاول وحده لانه لما صح اقراره للاول على ذلك الوجه انقطع يده عن المال فيكون اقرارا على الغير وهو الابن الاول فلا يصح كما لو كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح وحين اقر للثاني له مكذب وهو الاول فلا يصح وهل يضمن للابن الثاني شيئا قال في غاية البيان انه لا يغرم المودع للابن الثاني شيئا باقراره له لان استحقاقه لم يثبت فلم يتحقق التلف وهذا لانه لا يلزم من مجرد ثبوت البنوة ثبوت الارث فلا يكون الاقرار بالنبوة اقرارا بالمال وفي الدراية والنهاية وغيرهما يضمن المودع نصف ما ادى للابن الثاني الذي اقر له اذا دفع الوديعة بغير قضاء القاضي وبه قال الشافعي في قول واحمد وفي قول لا يضمن لان اقراره للثاني صادف ملك الغير فلا يلزمه منه شيء وقال في النهاية فان قيل كان ينبغي ان يضمن المودع للابن الثاني الذي اقر له انه ابن الميت كما لو بدأ المودع بالاقرار لغير القاضي المعزول بالوديعة ثم اقر بتسليم القاضي اليه وقد ذكر في ادب القاضي من الكتاب انه يضمن للقاضي قيمته قلنا هنا ايضا يضمن اذا دفع الوديعة الى الابن الاول بغير قضاء القاضي نصف ما ادى الى الاول انتهى وهذا هو الصواب

قال واذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شئ احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يأخذ الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما ان القاضي ناظر للغيب والظاهر ان في التركة وارثا غائبا او غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع الآبق واللقطة الى صاحبه او اعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولابي حنيفة رح ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل كمن اثبت الشراء ممن في يده او اثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم واما الآبق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف

ويختلف في اللقطة اذا اقر الملتقط بها لرجل بل يؤمر بالدفع فيه مذكور في اللقطة وفي الجامع الصغير لو ادعى الوصاية وصدقه مودع الميت او الغاصب منه لا يؤمر بالدفع بخلافه في الابن فلو اقر المودع لرجل انه اخ الميت شقيقه وانه لا وارث له غيره وهو يدعيه او لمن ادعى وصيه بالنفقة مثلا انه صادق فالقاضي يتأنى في ذلك لان استحقاق الاخ بشرط عدم الابن بخلاف الابن لانه وارث على كل حال غير انه احتمل مشاركة غيره وهو موهوم والنبت كالابن وفي الوصية هو مقر على الغير لانه اقرانه ليس يخلف من الميت واذا تأنى ان حضر وارث آخر دفع المال اليه لانه خلف عن الميت وكان القول قوله في الوصية وان لم يحضر وارث آخر اعطى كل مدع ما اقر به لكن بكفيل ثقة وان لم يجد كفيلا اعطاه المال وضمنه ان كان ثقة حتى لا يهلك امانة وان كان غير ثقة تلوم القاضي حتى يظهر انه لا وارث للميت او اكبر رأيه ذلك ثم يعطيه المال ويضمنه ولم يقدر مدة التلوم بل يرى القاضي وهذا اشبه بابي حنيفة رح وعندهما مقدر بحول هكذا حكى الخلاف في الخلاصة عن الاقضية وعن ابي يوسف مقدر بشهر هذا اذا قال ذو اليد لا وارث له غيره فان قال له وارث ولا ادري أمات ام لا لا يدفع الى احد منهم شيئا لا قبل التلوم ولا بعده حتى يقيم المدعي بينة تقول لا نعلم وارثا غيره وكل من يرث في الحال وفي حال كالاخ والاب والام والبنت كالابن ولو ادعى انه اخ الغائب وانه مات وانه وارثه لا وارث له غيره او ادعى انه ابنه او ابوه او مولاه اعتقه او كانت امرأة وادعت انها عمة الميت او خالته او بنت اخيه وقال لا وارث له غيري او ادعى آخر انه زوج او زوجة للميت او ان الميت اوصى له بجميع ماله او ثلثه وصدقهما ذو اليد وقال لا ادري للميت وارثا غيرهما او لا لم يكن لمدعي الوصية شئ بهذا الاقرار ويدفع القاضي الى الاب والام والاخ ومولى العتاقة او العمة او الخالة او بنت الاخ اذا انفرد واما عند الاجتماع فلا يزاحم مدعي البنوة مدعي الاخوة لكن مدعي هذه الاشياء اذا زاحمه مدعي الزوجية او الوصية بالكل او الثلث يستوي لا باقرار ذي اليد فمدعي الاخوة والبنوة اولى بعد ما يستحلف الابن ما هذه زوجة الميت او موصى له هذا اذا لم تكن بينة على الزوجية والوصية فان قام اخذ بهما وهل يؤخذ منه الكفيل تقدم ولو اقر ذو اليد ان الميت اقر ان هذا ابنه او ابوه او مولاه اعتقه او اوصى له بالكل او ثلثه او ان هذه زوجته فالمال للابن والمولى كما لو عايناه اقر به بخلاف النكاح وولاء الموالاة والوصية لان ذا اليد اقر بسبب منتقض **قوله** واذا قسم الميراث بين الغرماء او بين الورثة لا يؤخذ منهم كفيل عند ابي حنيفة رح وقال هذا شئ احتاط فيه بعض القضاة وهو ظلم كانه عنى به ابن ابي ليلى فانه كان يفعله بالكوفة وقال لا يأخذ الكفيل اي لا يدفع اليهم حتى تكفلوا والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره اما اذا

وقيل ان دفع بعلامة اللقطة او اقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع وقوله وهو ظلم اي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله ان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض

اثبتا بالاقرار فيؤخذ الكفيل بالاتفاق وقال الشهود لا نعلم له وارثا غيره لا يكفل بالاتفاق ولا يتأنى القاضي سواء كان ذلك الوارث ممن يحجب او لا يحجب ولو قالوا لا وارث غيره فذلك استحسانا ثم ما ذكر من نفس الدفع اذا لم يقل الشهود لا نعلم له وارثا آخر هو فيما اذا كان وارثا لا يحجب بغيره وتفصيل المسئلة في ادب القاضي للصدر الشهيد قال واذا احضر الرجل رجلا وادعى دارا في يد رجل انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له واقام على ذلك بينة ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم بل قالوا وتركها لورثته لا تقبل ولا يدفع اليه شيئا حتى يقيم بينة على عدد الورثة ليصير نصيب هذا الواحد معلوما والقضاء بغير المعلوم متعذر وههنا ثلثة فصول الاول هذا وهو ما اذا لم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم والثاني ان يشهدوا انه ابنه ووارثه لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي يقضي بجميع التركة بلا تلوم والثالث ان يشهدوا انه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى فان حضر وارث آخر قسم المال بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ويأخذ كفيلا عندهما ولا يأخذ عند ابي حنيفة ثم انما يدفع الى الوارث الذي حضر جميع المال اذا كان ممن لا يحجب كالاب والابن فان كان يحجب بغيره كالجد والاخ والعم لا يدفع اليه وان كان ممن يحجب حجب نقصان كالزوج والزوجة يدفع اليه اقل النصيبين عند ابي يوسف وعند محمد اوفر نصيبيه وهو النصف للزوج والربع للزوجة وقول ابي حنيفة مضطرب هذا اذا ثبت الدين او الارث بالشهادة فاما اذا ثبتا بالاقرار فيؤخذ الكفيل بالاتفاق ومن صورة ما اذا اقر المودع لرجل انه ابن الميت ولم يزد عليه فالقاضي يتأنى على حسب ما يرى ولا تقدير فيه وهو اليق بقول ابي حنيفة وهو ان ينتظر زمانا يغلب على ظنه انه لو كان وارث آخر لظهر وقدره الطحاوي بعام فاذا لم يظهر وارث آخر دفع المال اليه واخذ كفيلا لاحتمال ان يظهر قبل آخر قيل وهذا قولهما وعند ابي حنيفة لا يأخذ وقيل يأخذ عند الكل لان الثابت بالاقرار دون الثابت بالبينة لهما ان القاضي ناظر للغيب اي مأمور بالنظر لهم والظاهر ان في التركة وارثا غائبا او غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع القاضي الآبق واللقطة الى الذي اثبت عنده انه صاحبه اخذ كفيلا للمعنى الذي ذكرنا وهو ان القاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه وكذا اذا اعطى امرأة الغائب يعني اذا كانت تستنفق اي تطالب النفقة وزوجها غائب وله في يد رجل وديعة هو مقر بالزوجية فالوديعة فالقاضي يعطيها منه ويأخذ كفيلا ولابي حنيفة ان الحق ثابت قطعا اي فيما اذا كان الوارث الآخر معدوما او ظاهرا فيما اذا كان موجودا والقاضي لم يكلف باظهار على وجه يوجب حق الحاضر بل هو مكلف بالعمل بما ظهر عنده فلا يؤخر الى زمان التكفيل لحق موهوم ارأيت لو لم يجد كفيلا كان منع حقه هذا ظلما وصار كمن اثبت الشراء ممن في يده لا يؤخذ كفيل من المشتري بعد ما اثبت

قال واذا كانت الدار في يد رجل واقام الآخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الذي في يده جاحدا اخذ منه وجعل في يد امين وان لم يجحد ترك في يده لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه امين وله ان القضاء وقع للميت مقصودا واحتمال كونه مختارا للميت ثابت فلا ينقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف ايضا وقول ابي حنيفة رحمه الله فيه اظهر لحاجته الى الحفظ

شراء بالحجة ولا يؤخذ الكفيل من رب الدين الذي اثبت دينه على العبد بالبينة حتى يبيع العبد لاجل دينه وان كان يتوهم حضور مشتر آخر قبله وغريم آخر للعبد لان المكفول له مجهول فهو كما لو كفل لواحد للغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوجية ثابتة والزوج معلوم فاما الآبق واللقطة ففي اخذ الكفيل روايتان عنه والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع اللقطة بعلامة او باقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع مع العلامة واقرار العبد بالاباق لا يقال ياخذ الكفيل لنفسه صيانة لقضائه عن النقض لانه ليس بخصم ولا يقال ياخذ للميت لان حقه في تسليم ماله الى وارثه وقد اثبت وراثته فلا معنى للاشتغال باخذ الكفيل فان قيل القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع ذكره في الاسرار وكذا ذكر الصدر الشهيد والتلوم انما هو لتوهم وارث وغريم آخر وبعد التلوم ما انقطعت الشبهة فينبغي ان ياخذ الكفيل لبقاء الشبهة ويدفع الى الحاضر لقيام الحجة لان الحجة راجحة على الشبهة فاظهرنا رجحانها في الدفع اليه فيجب ان يظهر قيام الشبهة في حق التكفيل عملا بالحجتين اجيب بان العمل يجب بالحجة بعد قيامها لا بالبينة وليس التكفيل كالتلوم لان التلوم لطلب علم زائد له ليتم علمه بقدر الممكن فان التلوم يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره فان هذا ليس بشهادة لانها على النفي بل هو خبر يؤكد انتفاء ظن غيره اما الكفالة فطلب امر زائد من المستحق فلا يجوز الا بتوجه حق عليه ولا يتوجه بالموهوم قال المصنف وقوله ظلم اي قول ابي حنيفة يكشف عن مذهبه ان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض انه قائل بان كل مجتهد مصيب كقول المعتزلة جرهم الى هذا القول بوجوب الاصلح فكان صيانة المجتهدين عن الخطأ وتقريرهم على الصواب واجبا وسبب نسبة هذا الى ابي حنيفة ما روي عنه انه قال ليوسف بن خالد السمتي كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد ولو حمل على ظاهره لكان متناقضا اذ قوله والحق عند الله واحد يفيد ان ليس كل مجتهد اصاب الحق والا لكان الحق متعددا فلزم ان معنى قوله كل مجتهد مصيب اي يصيب حكم الله بالاجتهاد فانه تعالى اوجب الاجتهاد على المتاهل له فاذا اجتهد فقد اصاب بسبب قيامه بالواجب وقال محمد رحمه الله لو تلاعنا ثلاثا ففرق القاضي بينهما نفذ وقد اخطأ السنة

قوله واذا كانت الدار في يد رجل واقام الآخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده الى ان يحضر الغائب ولا يستوثق منه بكفيل وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الذي هو في يده جحد فاقيمت عليه البينة اخذ منه النصف فوضع على يد امين وان لم يكن جحد ترك في يده لهما ان الجاحد خائن ظهرت خيانته بالجحد فلا يترك في يده لقرب ان يتصرف فيه اما لاعتقاده انها ملكه وان البينة كذبة او للجناية بخلاف ما لو اقر انها بمال الميت مودع عنده فانه لم تظهر منه خيانة وقد رضيه الميت فكان اولى بحفظها ولابي حنيفة رحمه الله ان القضاء

وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء الخصومة والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم اليه النصف بذلك القضاء لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره ولهذا لا يستوفي الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة بدين الميت الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده

انما يقع والا للميت مقصودا لانه بعد ثبوت انه مالك يقضي ديونه ويقسم المال وكونه مختار الميت ثابت مع جحوده فلا ينقص به كالمقر وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي بها للميت والظاهر عدم جحوده بعد ذلك لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي وموت القاضي وعزله قبل ان يصل الغائب وكذا احتراق المحضر والتلف نادر لا يوجب اختلاف الحكم لندرته فلو كانت الدعوى في منقول وانكر الباقي بحاله فقد قيل يؤخذ منه النصف بالاتفاق لانه يحتاج الى الحفظ والنزع ابلغ في الحفظ من تركه في يده اذ ربما يتصرف فيه متاولا كما ذكرنا او خيانة بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا اي ولاجل ان المنقول يحتاج الى الحفظ دون العقار والبيع ابلغ في حفظه من تركه ملك الوصي بيع المنقول دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير يملك بيع المنقول على الكبير الغائب مع ان هؤلاء ليس لهم ولاية في المال وقيل المنقول على الخلاف ايضا عنده يترك في يد الذي جحد وعندهما يؤخذ منه وقول ابي حنيفة في هذا اظهر فيه قولهما الحاجة للمنقول للحفظ والحفظ في الترك في يده اتم لانه يصير محفوظا صورة ومعنى لانه بانكاره لو هلكت يجب عليه الضمان ولو اخذ منه ووضع على يد امين لا يضمنه لو هلك لانه غير مضمون عليه وانما لا يؤخذ الكفيل على قول ابي حنيفة رح من التي هي في يده اذا ابقيت في يده لانه انشاء خصومة والقاضي انما نصب لقطعها وهذا لانه ربما لا يجد كفيلا او لا يسمح باعطائه والاخ الحاضر ليس طالبه فتقرر الخصومة ثم اذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء الكائن في غيبته لان احد الورثة ينتصب خصما عن بقية الورثة فيما لهم وعليهم دينا كان او عينا فقد قامت على خصم حاضر بالنسبة الى كل الورثة وهذا منهم وقوله لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة على ما ذكرنا من قريب وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء اي استيفاء نصيبه لانه عامل فيه لنفسه لا للميت فلا يصلح نائبا عن غيره فلهذا لا يستوفي الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة بدين للميت فانه يقضي بالكل ولا يأخذ الا نصيبه نفسه وقوله الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة لانه ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه ويكون قضاء على جميع الورثة اذا كانت التركة كلها في يده اي في يد الحاضر حتى لو كان البعض في يده ينفذ بقدره لانه لا خصومة بدون اليد ذكره في الجامع الكبير قال في شهادات في المواريث ولو مات وترك دارا وثلاثة بنين او ابنان غائبان والدار في يد الحاضر فادعى رجل الدار على الحاضر فقص عليه القصة وقال مات والدنا واحد اخوي فلان وفلان قبضا نصيبهما واودعاني وغابا وقال المدعي كانت داري في يد ابيكما فاعلم ان الغائبين قبضا ثلثها مشاعا واودعاها عندك وانا اقيم البينة انها داري تقبل وذو اليد خصم لان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيما يدعى عليه فان حضر الغائبان وصدقا في الارث وجحدا حق المدعي فالقضاء ماض وان كذباه وقالا لم نرثها من ابينا بل ثلثها حالنا لا بالارث يقال للمدعي اعد بينتك عليهما في ثلثي الدار لان ذلك على غير خصم لان اقرار الحاضر يعمل في حقه لا في حق الغائبين قال العتابي قال مشايخنا هذا اذا لم تكن الدار مقسومة فاما اذا اقتسموها واودع ابنان نصيبهما عند الحاضر وغابا لا تقبل بينة المدعي في نصيبهما على الحاضر والتحق هذا بسائر اموالهما

ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوٰة وان اوصى بثلث ماله فهو على ثلث كل شيء والقياس ان يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد يعتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة من المال اما الوصية فاخت الميراث لانها خلافة كهي فلا يختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوٰة اما الوصية فتقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل وتدخل فيه الارض العشرية عند ابي يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشرية راجحة عنده وعند محمد رحمه الله لا تدخل لانه سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا يدخل ارض الخراج بالاجماع لانه يتمحض مؤنة ولو قال ما املكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه اعم من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال ولا مخصص في لفظ الملك فبقي على العموم والصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب شيئاً تصدق بما امسك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر بشيء لاختلاف احوال الناس فيه وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله

ان الحاضر خصماً فيهما بخلاف ما قبل القسمة لانه بقي على حكم ملك الميت على ما عرف ولو كان ثلثا الدار في يد رجل مقسوم او غير مقسوم اودعه عنده الغائبان وهو مقر بانها وديعة لهما ميراث من ابيهما لم يكن خصما للمدعي وكذلك الابن الحاضر لا يكون خصما في ذلك لان الوارث انما يكون خصما للمدعي على الميت في عين هو في يده لا في يد غيره قال الاستروشني فالحاصل ان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت في عين هو في يده لا في عين ليس في يده حتى ان من ادعى عينا من التركة واحضر وارثا ليس في يده ذلك العين لا يسمع دعواه وفي دعوى الدين ينتصب خصما عن الميت وان لم يكن في يده شيء من التركة **قوله** ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوٰة فيلزمه التصدق بجميع ما يملكه من النقدين والسوائم واموال التجارة ويمسك قوته فاذا اصاب شيئا تصدق بقدر ما امسك واذا وجب التصدق بكله فلا فرق بين ان يبلغ ما عنده نصابا او لا لان المعتبر جنس ما فيه الزكوٰة دون قدره ولذا قالوا لو نذر ان يتصدق بماله وعليه دين يحيط بكل ماله لزمه ان يتصدق به فان قضى به دينه لزمه ان يتصدق بما يكتسب بعده الى ان يوفي ولو اوصى بثلث ماله فهو على كل ماله والقياس ان يلزمه التصدق بالكل مسما بما تقدم في مسئلة الصداق مع قول زفر وابي النخعي والشافعي وقال مالك واحمد يتصدق بثلث ماله لقوله صلى الله عليه وسلم لابي لبابة حين قال ان من توبتي ان انخلع من مالي يجزيك الثلث لعموم اسم المال كالوصية وقال صلى الله عليه وسلم من نذر ان يطيع الله فليطعه وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فليصرف ايجابه الى ما اوجب الشرع فيه الصدقة وما اوجب به التصدق ذكره بلفظ العموم وعلق الايجاب ببعضه قال تعالى خذ من اموالهم صدقة ولم يعم كل مال وهذا بناء على ان مقتضى اللفظ انما يصدق بالاخذ من كل مال وذكر في الاصول ان بالاخذ من جنس من الاموال يصدق انه اخذ من اموالهم حقيقة وانما ذلك قول الشافعي والاحسن ان حمله على العموم مخالف للشرع اذ منع منه في قوله تعالى ولا تبسطها كل البسط فوجب تقييده ببعضها ثم عينا ذلك البعض بتعيين الله تعالى اياها بايجاب التصدق منها واما قوله صلى الله عليه وسلم من نذر ان يطيع الله فليطعه لا ينافيه لان اخراج ما ذكرنا من اجناس المال طاعة وانما يلزم لو تعبد بجميع ما تلفظ به وهو منتف بلزوم المعصية وحديث ابي لبابة ليس فيه تصريح بانه نذر ذلك فهو على انه نوى ذلك وقصده واما الوصية فجرينا فيها على نحو ذلك ايضا فقلنا لو اوصى بجميع ماله وله ورثة لا ينفذ لان في تنفيذه ارتكاب المعصية فيقتصر على الثلث المنصوص له فيه مع وجود الورثة واما نفاذه في الكل اذا لم يكن له ورثة فلانها انما يوجب ذلك في حال استغنائه بالموت فانتفى المانع الشرعي وهذا لان النهي ما كان في حالة الحيوٰة الا لقيام حاجته الناجزة في الحيوٰة وعدم لبدائة بنفسه المامور به في قوله صلى الله عليه وسلم ابدأ بنفسك ثم بمن تعول فيؤدي الى ضيق نفسه وحرجها وهو قد يكون سببا للمعصية وهذا المعنى منتف بعد الموت وقول المصنف ولان الظاهر انه انما يلتزم الصدقة الى آخره يصلح لتقرير الابتداء المخصص يعني ان العموم وان كان ثابتا لكن هنا معنى

المصحح

ههنا

قال: ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئا من التركة فهو وصى والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم وعن ابى يوسف رحمه الله انه لا يجوز فى الفصل الاول ايضا لان الوصاية انابة بعد الموت فتعتبر بالانابة قبله وهى الوكالة وجه الفرق على الظاهر ان الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم كما فى تصرف الوارث اما الوكالة فانابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف على العلم لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفى الاول يفوت لعجز الموصى ومن اعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام

قال: ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا هو والاول سواء لانه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط احد شطريها وهو العدد او العدالة بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال

يخصص وهو ان الظاهر من ارسال لفظ عام بالخروج عن كل ماله مع قيام حاجته المستمرة لنفسه وعياله عدم كونه على وجه يدخل الضرر عليه وعليهم فكان ظاهرا فى ارادة الخصوص وما ذكرناه من لزوم المعصية بتقدير اعتبار عمومه وهو ايضا من ابداء المخصص وهذا من افراد ترك الحقيقة بدلالة وهل تدخل الارض العشرية فيجب التصدق بها عند ابى يوسف نعم لان جهة الصدقة غالبة فى العشر وروى ذلك عن ابى حنيفة وعند محمد لا لان جهة المؤنة غالبة عنده ولا تدخل الخراجية اتفاقا لتمحض الخراج مؤنة ولهذا اوجب فى ارض الصبى والوقت ولو كان قال ما املك صدقة قيل يجب الكل حكاه ابو يوسف فى الامالى عن ابى حنيفة وعن نفسه واليه ذهب محمد بن ابراهيم الميدانى لان فى الفرع لا ما يفيد فى الشرع المذكور بلفظ المال قال المصنف الصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة وهذا يؤذيك بقصدهم الى التخصيص بذلك المعنى تقليل تامل وكان مقتضى ما ذكر فى اللفظين ان يثبت مثله فى قوله لله على ان اهدى جميع مالى او جميع ملكى الا ان الطحاوى ذكر انه يجب الكل بخلاف ما لو حلف به فقال ان فعلت كذا فلله على ان اهدى جميع مالى يدخل فيه جميع ما يملك وقت اليمين ووقت النذر فيجب ان يهدى ذلك كله الا قدر قوته فان استفاد اخرى اهدى بمثله انتهى نعم لا اشكال فى فصل اليمين بحيث يجب الكل بلا اشكال لان عقد اليمين لمنع النفس عن المذكور بالتزام ما يكرهه على تقديره فانفتح باب ارادة العموم الا ان هذا ما جعل المخصص المعنى الذى عينه المصنف واما على جعله لزوم المعصية فيجب ان يخص ايضا فكان تعويلهم ليس عليه وقوله على ما مر يريد به وجه الاستحسان ثم اذا لم يكن له مال الا ما دخل تحت الايجاب يعنى مال الزكوة فليمسك من ذلك قوته فاذا ملك يتصدق بما سواه واذا استفاد شيئا تصدق بقدر ما امسك ولم يقدر محمد مقدارا فى اصل المبسوط لاختلاف احوال الناس من قلة العيال وكثرتهم والرخاء والغلاء فيختلف الاعتبار وقيل المحترف يمسك ليوم لانه يكتسب يوما فيوما وصاحب الغلة وهو من له حوانيت او دور يؤجرها يمسك شهرا لان يده تصل الى نفقته بعد شهر وصاحب الضياع لسنة لان غلتها كذلك واما فى عرف ديارنا فبعضهم كذلك وبعضهم يؤجرها بدراهم على ثلثة اقسام كل اربعة اشهر قسط فينبغى ان يمسك الى تمام اربعة اشهر وعلى هذا فصاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله (قوله ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فالبيع جائز وهو وصى بخلاف الوكيل اذا باع ثم علم بالوكالة لا ينفذ لانه لا يعد وكيلا حتى يعلم) وعن ابى يوسف لا يجوز فى الوصية ايضا لان الوصية انابة اى استنابة والمعروف من اللغة فى الانابة انه هو معنى الرجوع والاقلاع منه اناب الى الله واستدل فى النهاية انها بمعنى الاستنابة باستعمال الزمخشرى لها كذا فى تفسير سورة الروم والزمخشرى نفسه يفعل كذلك فينزل علم المتكلم بمنزلة رواية فربما يستشهد ببيت لابى تمام وابى الطيب ووجه الفرق على ظاهر الرواية بين الوصية والتوكيل ان الوصية خلافة فى التصرف عن الميت كالوراثة لاضافتها الى ما بعد الموت فيتصرف كتصرف الوارث ولذا لو باع شيئا ثم ظهر موت المورث ظهر نفاذه حين صدوره والوصاية استخلاف مضافة الى ما بعد الموت فلا يتوقف على العلم كالوراثة ايضا وهو زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم كالوراثة لقيام ولاية المنوب عنه ولهذا ينعزل الوكيل بالموت بخلاف الميت فيتوقف على العلم وهذا لانه اذا اوقفناه على العلم لا يفوت النظر لقيام ولاية الموكل وقدرته وفى الاول ربما يفوت لعجز الموصى بالموت

وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر الينا

اذا ثبتت الوكالة قصدا اما اذا ثبتت ضمن الامر بالفعل ففيه روايتان وذلك مثل ان يقول لعبده اذهب الى فلان يبيعك
او لامرأته اذهبي الى فلان يطلقك او اذهب بعبدي الى فلان فيبيعه منك فذهب واخبره ففعل ذكر محمد في كتاب
الوكالة انه جائز وذكر في الزيادات انه لا يجوز فكان فيه روايتان في احداهما لا يتوقف على العلم وفي اخرى لا بد من العلم
وذكر في المأذون ما يوافق الاول وهو انه اذا قال للناس بايعوا عبدي فاني اذنت له في التجارة فبايعوه جاز مع انه لا علم
للعبد بالاذن واذا توقفت الوكالة على العلم فلنذكر بما ذا يحصل العلم المثبت للوكالة فقال كل من اعلمه بالوكالة جاز
تصرفه بشرط كونه مميزا رجلا كان او امرأة فاسقا كان او عدلا مسلما كان او ذميا وقال الشافعي واحمد لا تثبت الوكالة بخبر ان يكون
الواحد اصلا لانها تتضمن عقدا كغيره من العقود ولانه تسليط على مال الغير قلنا انه اثبات حق هو حق ان يتصرف لا الزام امر
فانه مختار في القبول وعدمه وكان كقبول الهدية ممن ذكر انها على يده وهو محل الاجماع والنص فقد كان صلى الله عليه وسلم
يقبلها من العبد والتقي ويشتري من الكافر واما العزل عن الوكالة فعندهما هو والاخبار بها سواء وعند ابي حنيفة رحمه الله لا تثبت
حتى يشهد عنده شاهد عدل او شاهدان اي مخبران لان لفظة الشهادة ليست بشرط عدلا او لم يعدلا وجه قولهما انه
من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وروى الحسن عنه انه لا بد من عدالة المخبر واحدا كان او اكثر وبه اخذ الفقيه
ابو جعفر الهندواني فزعم انه مذهب ابي حنيفة وقال معنى اطلاق الكتاب ان لا يعلم حالهما الا ان يعلمهما بالفسق وقيل بل هو
على الاطلاق لان تاثير العدد فوق تاثير العدالة الا ترى ان القضاء بواحد عدل لا ينفذ وبفاسقين ينفذ فبطريق اولى يثبت
به وهو الصحيح وجه قولهما ان النهي عن الوكالة من المعاملات وبالواحد فيها كفاية ولابي حنيفة رحمه الله انه خبر ملزم اي من كل وجه فانه يمنع الوكيل بالتصرف من
كل وجه وما قيل ملزم من وجه دون وجه بناء على مجرد اصطلاح ان يراد بالملزم من كل وجه ما كان الزاما على خصم منكر بشرط لفظ الشهادة وحكم الحاكم ولما لم
يكن ثم الالزام كذلك كان الزاما فيه قصور وهو وجوب الضمان او تصرف بناء على الالزام من وجه ثم يكفي لاشتراط العدد او العدالة كونه ملزما من وجه بالمعنى الذي
ذكرنا بخلاف الاعلام بالوكالة فانه اذا لم يكن فيه الزام اصلا لم يلزم احد شطري الشهادة وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال
فلم يلزم فيه احد شطري الشهادة ايضا لانه صار كانه حاضر وشافهه بذلك ثم اجمعوا على ان المخبر بالعزل لو كان فاسقا وصدقه ينعزل **قوله وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى بجناية عبده** الخ هذه
ستة مسائل ذكر محمد منها اربعة في الاصل واثنان في النوادر والسادسة قاسها مشايخنا على هذه اما الثلاث
فاحدها عزل الوكيل والثانية العبد المأذون اذا اخبره واحد بالحجر ان كان رسولا يحجر فاسقا كان او عدلا وان
كان فضوليا يشترط احد شطري الشهادة فينحجر صدقه العبد او كذبه وان كان فاسقا ان صدقه انحجر والا فالمسألة
على الخلاف والثالثة العبد اذا جنى جناية ولم يعلم به المولى حتى اعتقه او باعه يلزمه الاقل من قيمته ومن الدية فان
اخبره واحد بالجناية فكذلك ان كان فاسقا ان صدقه ثم باع او اعتق يصير مختارا للدية وان كذبه فهو على الخلاف
عند ابي حنيفة لا يكون مختارا للدية وعندهما يصير مختارا لها واما اللتان في النوادر فاحداهما الحربي اذا اسلم

قال وإذا باع القاضي أو أمينه عبداً للغرماء وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الإمام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الأمانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لأن البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما إذا كان العاقد محجوراً عليه ولهذا يباع بطلبهم وإن أمر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي لأنه عاقد نيابة عن الميت وإن كان بإقامة القاضي عنه فصار كما إذا باعه بنفسه **قال** ويرجع الوصي على الغرماء لأنه عامل لهم وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضاً لأنه لحقه في أمر الميت والوارث إذا بيع له بمنزلة الغريم لأنه إذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملاً له **فصل** آخر وإذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل وعن محمد رحمه الله أنه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة لأن قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال أكثر القضاة في زماننا إلا في كتاب القاضي للحاجة إليه وجه ظاهر الرواية أنه أخبر عن أمر يملك إنشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولأن طاعة أولي الأمر واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الإمام أبو منصور رحمه الله إن كان عدلاً عالماً يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة وإن كان عدلاً جاهلاً يستفسر فإن أحسن التفسير وجب تصديقه وإلا فلا وإن كان جاهلاً فاسقاً أو عالماً فاسقاً لا يقبل إلا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ والخيانة

في دار الحرب فأخبره إنسان بما عليه من الشرائع إن كان المخبر عدلاً أو أخبره اثنان لزمته حتى لو ترك شيئاً منها يلزمه قضاؤه إجماعاً وإن كان فاسقاً فإن صدقه فكذلك وإن كذبه فعلى الخلاف قال شمس الأئمة السرخسي الأصح عندي أنه يلزمه القضاء ههنا اتفاقاً لأن المخبر له رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه نظر ذكرناه في كتابنا المسمى بتحرير الأصول والثانية الشفيع إذا أخبر بالشراء فسكت فعلى ما قلنا إن أخبره فاسق فصدقه ثبت الشراء في حقه وإن كذبه ففيه على الخلاف فإذا سكت لا تبطل شفعته عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تبطل والسادسة البكر إذا زوجت بلا استيذان فأخبرت فسكتت فهو على ما ذكرناه من الوجوه **قوله** وإذا باع القاضي أو أمينه عبداً للغرماء أي لأجلهم ليوفي ديونهم التي على الميت وأخذ المال أي الثمن فضاع عنده ثم استحق العبد أو مات قبل قبض المشتري لم يضمن القاضي ولا أمينه للمشتري شيئاً لأن أمين القاضي بمنزلة القاضي والقاضي كالإمام وكل من هؤلاء لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الأمانة وإذا لم يرجع المشتري على البائع من هؤلاء يرجع بالثمن على الغرماء أو الغريم لأن البيع واقع لهم والتصرف لأجلهم فترجع العهدة عليهم وصار كما إذا كان العاقد محجوراً عليه عبداً أو صبياً يعقل البيع وكله رجل ببيع ماله جاز العقد مباشرة تبعاً ولا تتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما لأن التزام العهدة لا تصح منهما لقصور الأهلية في الصبي وحق السيد في العبد والأصل أنه إذا تعذر تعلق الحقوق بالعاقد يتعلق بأقرب الناس إلى العقد وأقرب الناس في مسئلتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم ألا يرى أن القاضي لا يأمر الوصي أو أمينه بالبيع حتى يطلب الغريم فكذا يرجع المشتري بالثمن عليه عند الاستحقاق لأنه عاقد نيابة عن الميت وإن كان بإقامة القاضي إياه عنه ولو كان البائع الوصي يرجع المشتري عليه بالثمن ثم الوصي يرجع به على الغريم وكذا لو باع الوصي العبد لنفقة الوارث فإن المشتري يرجع على الوصي والوصي يرجع على الوارث بما قلنا إن البيع لأجله وهو الذي ينتفع به فلو كان الوارث صغيراً نصب القاضي عنه من يقضي دينه فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه بلا شك وهل يرجع بما ضمن للمشتري قال المصنف رحمه الله قالوا ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضاً يريد بالمائة ما ضمن للمشتري فرضها مائة لأنه لحقه ذلك في أمر الميت فينبغي أن يكون هذا بالاتفاق أعني جواز أن يقال وأما الواقع من القول بالرجوع بما ضمن ففيه خلاف قيل نعم وقال شمس الأئمة السرخسي لا يأخذ في الصحيح من الجواز لأن الغريم إنما ضمن من حيث إن العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره وفي الكافي الأصح الرجوع لأنه قضى ذلك وهو مضطر فيه فقد اختلف في التصحيح كما ترى

فصل آخر لما كانت مسائل هذا الفصل ترجع إلى أصل واحد وهو أن قول القاضي بانفراده هل تقبل أو لا أخر **قوله** وإذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل لمجرد إخباره هذا وعن محمد أنه رجع عن هذا وقال لا يأخذ بقوله حتى يعاين الحجة التي حكم بها فيه بذلك قال الفقيه أبو الليث روى عن محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن أنه قال لا يسعه ذلك ما لم تكن الشهادة بحضرته وهذا رجوعه عن هذا وقالوا

قال واذا عزل القاضي فقال لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قد قضيت بها له عليك فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذلك لو قال قضيت بقطع يدك في حق هذا اذا كان الذي قطعت يده والذي اخذ منه المال مقرين انه فعل ذلك وهو قاض ووجهه انهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي ولو اقر القاطع او الآخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي صحيح كما اذا كان معاينا ولو زعم المقطوع يده او الماخوذ ماله انه فعل ذلك قبل التقليد او بعد العزل فالقول للقاضي ايضا هو الصحيح لانه اسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون والجنون منه كان معهودا

او يشهد مع القاضي شاهد عدل على ذلك وهذا يفيد ان القاضي يشهد وليس معناه الا ان يشهد القاضي والعدل على شهادة الذين شهدوا بسبب الحد لا على حكم القاضي والا كان القاضي شاهدا على حكم نفسه وليس هنا من يشهدان عنده الا المامور باقامة الحد وهذا بعيد في العادة اعني ان يشهد القاضي عند الجلاد بانه شهد على فلان وفلان ويؤدي الآخر عنده ولذا اقتصر محمد على معاينة حضور الشهادة من المامور وهذا لان الغلط والخطاء في الحكم محتمل لان القطع بنفيهما ليس الا للانبياء عليهم السلام وعلى هذا لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي الا اعتمادا وفيه على خبر القاضي الكاتب بمفرده او استحسن المشائخ هذه الرواية في هذا الزمان لفساد حال اكثر القضاة الا في كتاب القاضي الى القاضي لان ضرورة احياء الحقوق ولما كان عدم الاعتماد معللا بالفساد والغلط اقتضى الحال التفصيل في التوقف لا اطلاقه فقال الامام ابو منصور رحمه الله ان كان القاضي عادلا عالما يقبل قوله لانتفاء التهمة في الدين بالعدالة والخطأ في الحكم بالعلم وان كان عدلا جاهلا استفسر فان احسن في بيان سبب حكمه وشروطه وجب تصديقه للعدالة وترك المصنف قسمين آخرين وهو ما اذا كان فاسقا عالما او جاهلا فان الفسق مانع من الركون لا انجابه بالاستفسار وحكمه يقصد المخالفة فلا يؤخذ بقوله ولا بتفسيره وجه الظاهر انه اخبر عن امر يملك انشاءه في الحال فيقبل لخلوه عن التهمة لان التهمة انما تتحقق في اخبار بامر لا يمكن انشاؤه في الحال فيحتمل عدم المطابقة اما اذا كان ذلك مما يقدر على انشائه في الحال فيجعل كانه انشاه في الحال بمعاينة الحاضرين ولا يخفى ان الذي يملك انشاءه ليس الا الحكم وهو لا يفيد فان الاحتمال المانع قائم اذا عاين الحكم ان لم يعاين الشهادة والشروط ولذا ما قال محمد الا يسعه ذلك ما لم تكن الشهادة بحضرته ولم يقل الحكم فلا يفيد هذا الوجه شيئا ولما زاد من زاد على ما ذكر محمد قولهم لو يشهد مع القاضي عدل على ذلك احتاجوا ان يزيدوا وجها آخر وهو ان العادة ان ينصب في كل بلدة قاض واحد ولو لم يكن خبر القاضي بانفراده حجة في الالزام لتعدد في كل بلدة قاضيان ونحن قد منعنا في تلك الزيادة وعلمت ان الاحتمال المذكور لا يزول الا بالعلم بالتفصيل وهذا لا يتحقق عند المامور الا ان يحضر وقوع السبب او يشهد عنده عدلان انه شهد عند القاضي الآمر فلان وفلان على الوجه الفلاني ويشهد وا بتوفر الشروط وهذا لا يتوقف على تكثير القضاة بل على وجود الشهود وقضاة كانوا او لا فلا يلزم لذلك تكثيرهم فالملازمة بين عدم قبول خبره بانفراده وتكثير القضاة ممنوعة قوله واذا عزل القاضي فقال لرجل الخ صورتها عزل القاضي فادعى عليه رجل انه اخذ منه الفا بغير حق او قطع يده بغير حق فقال قضيت بها عليك لفلان ودفعتها اليه وقضيت بقطعك في حق فالقول قول القاضي ولم يحك في هذا خلافا تلك الرواية عن محمد لان هذا في امر فات فلا بد ان يكون القول للقاضي والا امتنع الناس من قبول القضاء اذا كان يتوجه عليه بعد العزل خصومات في النفس والاموال لا تحصى فلا بد من كون القول له في هذا بخلاف ما قبله لان القتل والقطع بعد لم يقع فكان اعمال ذلك الاحتمال مفيدا ثم كون القول له على الاتفاق مقيد بما اذا كان المدعي مقرا بانه فعل ذلك وهو قاض لانهما لما توافقا على ذلك صار كان هذه الدعوى جرت وهو قاض والقول قوله في ذلك لما قلنا ولان الظاهر انه لا يقضي بالجور ثم لا يمين على المعزول لانه ثبت فعله في حال قضائه بالتصادق ولو ادعى عليه في حال قضائه بذلك لا يمين عليه فكذا بعده ولو اقر القاطع المامور والآخذ للمال بامر القاضي بما اقر به القاضي وهو ان القطع منه والاخذ كان بقضائه الاخذ وامره بالدفع لا يضمن ايضا كالقاضي لانه اقر انه فعله في حال قضائه وهو كما لو كان دفع القاضي المال الى الآخذ

ولو أقر القاطع أو الآخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي يضمنان لأنهما أقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره بخلاف الأول لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولو كان المال في يد الآخذ قائماً وقد أقر بما أقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه يؤخذ منه لأنه أقر أن اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه إلا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة

للمأخوذ منه في حال قضائه ويصير القطع بإقرار المقطوع أنه قطع في حال قضائه كالمعاين للحاكم الذي رفع إليه المقطوع واقعته فأما لو زعم المقطوع والمأخوذ ماله أنه فعله قبل التقليد أو بعد العزل والقاضي يقول بل فعلته في حال قضائي ففيه خلاف والصحيح أن القول أيضاً للقاضي لأنه أي القاضي أضافه إلى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما إذا اتفقا على الطلاق والعتاق وقالت المرأة والعبد كان ذلك في حال صحة عقلك وقال بل وأنا مجنون وكان جنونه معهوداً فإن القول له وكما لو قال أقررت لك وأنا ذاهب العقل من برسام وهو معلوم أنه كان به واحترز بقوله هو الصحيح عما قال شمس الأئمة في شرحه للجامع الصغير إن القول للمدعي لأن هذا الفعل حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات وهذا يخص ما إذا كانت الدعوى بعد العزل خاصة وكذا فرضه شمس الأئمة فإنه قال فأما إذا زعم أي المدعي أنه فعل ذلك بعد العزل فإن القول قوله لأن هذا الفعل حادث الخ قال ومن ادعى فيه تاريخاً سابقاً لا يصدق إلا ببينة فالتصحيح يخص ما إذا كانت دعواه أنه فعله بعد العزل لكنه ذكر في تعليله ما يعم كون القول للقاضي فإنه قال لأن الأصل أن المنازعة متى وقعت في الحالة الماضية يحكم الحال كمسألة الطاحونة وفي الحال فعله موجب للضمان عليه وهذا الإسناد يدعي شرطه بخلاف الأول حيث تصادقا أنه فعله وهو قاض إلى آخر ما ذكره لكن المذكور في عامة نسخ شرح الجامع الصغير أن القول للقاضي وهو اختيار فخر الإسلام والصدر الشهيد لأنه بالإسناد إلى الحالة المعهودة المنافية للضمان منكر للضمان فالقول قوله كما لو قال الوكيل بالبيع بعد العزل بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعده فالقول للوكيل إن كان المبيع مستهلكاً وإن كان قائماً بعينه لم يصدق لأنه أخبر عن أمر لا يملك إنشاءه فيصير مدعياً وكذا لو قال العبد بعد العتق لرجل قطعت يدك خطأ وأنا عبد وقال المقر له بل وأنت حر فالقول للعبد ولا ضمان وكذا إذا قال أخذت مني كل شهر كذا من المال بعد العتق فقال السيد قبله فالقول للسيد إن كانت الغلة هالكة وإن كانت قائمة فالقول للعبد ويأخذه من المولى لأنه أقر بالأخذ ثم بالإضافة يريد التمليك عليه فكان مدعياً وكذا الموصي لو ادعى بعد بلوغ اليتيم أنه اتفق عليه كذا وهو في يده وادعى اليتيم أنه استهلكه فالقول قول الوصي ذكره المحبوبي واستشكل بما ذكره في باب جناية المملوك فيمن أعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي فقالت بل وأنا حرة فالقول لها وكذا كل ما أخذه منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه منكر بإسناده إلى الحالة المعهودة المنافية لو قلت أقر بما هو سبب الضمان وهو القطع ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع فههنا أيضاً أقر بسبب الضمان وهو إقرار للمقر له بشيء ثم ادعى ما يبرئه وهذا باب النقل وكذا القاضي أقر بعد العزل بالأخذ ثم ادعى ما يبرئه بالإسناد وكذا الوصي أجيب بالفرق بأن المولى أقر بأخذ مال الغير وادعى جهة التمليك لنفسه فيصدق في الإقرار لا في جهة التملك كما لو قال أخذت منك ألف درهم التي لي عليك أو الهبة التي وهبتها وأنكر الآخر كان القول للآخر وكذا لو قال أكلت طعامك بإذنك وقال الغير أذني فالقول لصاحب الطعام بخلاف القاضي والوكيل والوصي لأنهم لم يدعوا جهة التمليك لأنفسهم كذا في دعوى الطلاق والعتاق لم يدعوا التمليك لأنفسهم لما هو ملك الغير وكان القول قولهم في إضافتهم إلى الحالة المعهودة المنافية قوله ولو أقر القاطع أو الآخذ في هذا الفصل وهو فصل زعم المأخوذ منه والمقطوع أن القاضي فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل فأقر القاطع والقابض أنه فعلت ذلك بأمر القاضي في حال قضائه والمأخوذ منه والمقطوع يده يقول بل قبله أو بعده يضمنان ولا يضمن القاضي لأنهما أقرا بسبب الضمان وهو مباشرتهما الأخذ والقطع وقبول قول القاضي في ذلك لدفع الضمان عن نفسه بسبب تحصيله كيلا يمتنع الناس عن قبوله فيضيع الحقوق وهي مفسدة عظيمة فلا يوجب بطلانه عن غيره لعدم الاشتراك في ذلك السبب وقوله ولو كان المال في يد الآخذ قائماً وهذا قيد فيما يلزم جواب المسألة المذكورة في الصورتين بحسب الظاهر فإنه لا يلزم كون القول للقاضي وللقاطع والآخذ في صورة التصادق على أن الفعل كان في حالة القضاء أن لا رجوع بالمال المأخوذ للمأخوذ منه مطلقاً لأنه قد حكم بنفاذ قوله فأفاد أن ذلك أعني عدم الرجوع فيما إذا كان المأخوذ هالكاً أما إذا كان

صورة

كتاب الشهادة

قال الشهادة فرض تلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعى لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وانما يشترط طلب المدعى لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق

فاما ما اخذه من القابض سواء صدق القابض انه اخذه في حال قضائه او كذبه وقال بل قبل التقليد او بعد العزل علله محمد في الزيادات فقال لان الشيء قائم بعينه فلا يصدق انه اخذه على وجه الحكم قالوا معناه ان القاضي لما اقر بالاخذ يصير شاهدا لغيره بالكلام الثاني واقراره بالاخذ صحيح وشهادة للمالك الغير باطلة ولان القابض اقر بسبب الضمان حيث اقر ان اليد كانت للماخوذ منه فلا تسمع دعواه بالتملك عليه الا ببينة وقول المعزول ليس ببينة عليه لانه ليس شاهدا بالدين بل بفعل نفسه المنافي للضمان والله اعلم

كتاب الشهادة

يتبادر ان تقديمها على القضاء اولى لان القضاء موقوف عليها اذ كان عند ثبوت الحق بها الا انه لما كان القضاء هو المقصود من الشهادة قدمه تقديم المقصود على الوسيلة والشهادة لغة اخبار قاطع وفي عرف اهل الشرع اخبار صدق لاثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء فتخرج شهادة الزور فليست شهادة وقول القائل في مجلس القاضي اشهد برؤية كذا لبعض العرفيات وسبب وجوبها طلب ذي الحق او خوف فوت حقه فان من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه ان يشهد بلا طلب وشرطها البلوغ والعقل والولاية فخرج الصبي والعبد والسمع والبصر للحاجة الى التمييز بين المدعى والمدعى عليه لم يذكر الاسلام لان الدين اصل الشهادة في الجملة وركنها اللفظ الخاص الذي هو متعلق الاخبار وحكمها وجوب الحكم على القاضي لتوالي يابي جوازها لكنه ترك لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ونظائره في الكتاب والسنة كثير وسببية الطلب تثبت لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وسببية خوف الفوت بالمعنى وهو ان سببية الطلب انما تثبت كيلا يفوت الحق قوله الشهادة فرض يعني اداؤها بعد التحمل فانها تقال للتحمل كما يقال للاداء في العرف من غير ملاحظة المتكلم مسوغا للاطلاق في قصد التحمل فيكون معتبرا مشتركا لفظيا عند عرف اهل التكلم وافتراض الاداء الا في الحدود مجمع عليه قوله تعالى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا احتمل ان يراد النهي عن الاباء عن التحمل اذا دعي اليه ويكون اسم الشهداء مجازا فيمن سيتصف بالشهادة فيكون النهي لكراهة الاباء عن التحمل كراهة تنزيه ومرجعها خلاف الاولى لان التحمل لما فيه من اعانة المسلم على حفظ حقه اولى ويحتمل ان يراد نهي مسمى الشهداء عن الاباء وحقيقة الشهداء من اتصف بالشهادة فيكون نهيا من اتصف بها بالشهادة حقيقة عن الاباء اذا دعي ولا اتصاف قبل الدعاء الا بالتحمل فيلزم كون النهي عن اباء الاداء وهو الراجح لما فيه من المحافظة على حقيقة اللفظ والاداء المفروض لا يكون الا عند الحاكم فقد فرض سبحانه وتعالى على المتحمل ان يذهب اذا دعي الى الحاكم للاداء وقال تعالى ولا تكتموا الشهادة وهو تحريم الكتمان عن القاضي فيكون الاظهار للقاضي وهو الاداء فرضا عليهم لانه الضد الذي لا يتحقق الانتهاء عن المحرم الذي هو الكتمان الا به ثم اكد سبحانه تحريم المقاد بالنهي بقوله تعالى ومن يكتمها فانه آثم قلبه وذا كيد تاكيد لان قوله تعالى فانه آثم تاكيد واضافة الآثم الى القلب الذي هو اشرف اعضاء البدن ورئيسها تاكيد في تاكيد ولانه هو محل الكتمان فهو محل معصيته تمامها بخلاف سائر المعاصي التي تتعلق بالاعضاء الظاهرة فانها كانت مسبوقة بمعصية القلب وهو الهم المتصل بالفعل فليس هو محل التمامها قالوا يلزم اذا كان مجلس القاضي قريبا فان كان بعيدا فعن نصير ان كان بحال يمكنه ان يرجع الى اهله في يومه يجب لانه لا ضرر عليه فلو كان شيخا لا يقدر على المشي فاركبه الطالب لا باس به وعن ابي سليمان فيمن اخرج الشهود الى ضيعة فاستاجر لهم حميرا فركبوها لا تقبل شهادتهم وفيه نظر لانها العادة وهي اكرام الشهود وهو مامور به وفصل في النوازل بين

والشهادة في الحد وخُيِّر فيها الشاهد بين الستر والإظهار لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقي عن الهتك والستر افضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نُقل من تلقين الدرء عن النبي عليه السلام واصحابه رضي الله عنهم دلالة ظاهرة على افضلية الستر

كون الشاهد شيخا لا يقدر على المشي ولا يجد ما يستأجر به دابة فتقبل وما ليس كذلك فلا تقبل ولو وضع للشهود طعاما فاكلوا ان كان مهيأ من قبل ذلك تقبل وان صنعه لاجلهم لا تقبل وعن محمد لا تقبل فيهما وعن ابي يوسف تقبل فيهما والاوجه الاعادة الجارية باطعام من حل محل الانسان ممن نزل عليه شاهدا او لا ويؤنسه ما تقدم من ان الاهداء اذا كان بلا شرط ليقضي حاجته عند الامير يجوز كذا قيل وفيه نظر فان الاداء فرض بخلاف الذهاب الى الامير وعن الفقيه ابي بكر فيمن لا يعرفه القاضي ان علم ان القاضي لا يقبله يرجو ان يسعه ان لا يشهد وفي العيون ان كان في الصك جماعة تقبل شهادتهم وسعه ان يمتنع وان لم يكن او كان لكن قبولها مع شهادته اسرع وجب وقال شيخ الاسلام اذا دعي فاخر بلا عذر ظاهر ثم ادى لا تقبل لتمكن التهمة فيه اذ يمكن ان تأخيره لعذر ويمكن انه لاستجلاب الاجرة انتهى والوجه ان تقبل ويحمل على العذر من نسيان ثم تذكر او غيره **قوله و**

الشهادة في الحدود داعي الاداء في الحدود يخير فيها بين الاداء والترك لان النهي في القرآن وان كان عاما لكن ثبت تخصيصه بالشهادة على الحدود لما فيه من الستر في ذكره صلى الله عليه وسلم للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك كذا ذكره المصنف المعروف في الحديث ان هذا قاله صلى الله عليه وسلم لهزال ذكره مالك في الموطأ عن يحيى بن سعيد بلغه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل من اسلم يقال له هزال لو سترته بردائك لكان خيرا لك والمراد بمرجع الضمير في قوله سترته ماعز وروى ابو داود عن يزيد بن نعيم عن ابيه ان ماعز بن مالك اتى النبي صلى الله عليه وسلم فاقر عنده اربع مرات فامر برجمه وقال لهزال لو سترته بثوبك كان خيرا لك وان هزالا كان هو الذي اشار على ماعز ان يأتي النبي صلى الله عليه وسلم ويقر عنده ولم يكن شاهدا الا ان ماعزا رضي الله عنه انما حد بالاقرار واخرج ابو داود عن ابن المنكدر ان هزالا امر ماعزا ان يأتي النبي صلى الله عليه وسلم فيخبره ورواه الحاكم وزاد وقال شعبة قال يحيى فذكرت هذا الحديث بمجلس فيه يزيد بن نعيم بن هزال فقال يزيد هذا هو الحق هذا حديث جدي سعيد
قال صحيح الاسناد ورواه ابن سعد في الطبقات وفيه قال في هزال بئس ما صنعته لو سترته بطرف ردائك لكان خيرا لك قال يا رسول الله لم ادر ان في الامر سعة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم في رواية ابي هريرة من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة رواه البخاري ومسلم وتلقين الدرء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اي تلقين ما يحصل به الدرء دلالة ظاهرة على قصده على الستر والستر يحصل بالكتمان فكان كتمان الشهادة بالحدود مخصوصا من عموم تحريمه فمن ذلك ما اسند الطحاوي الى ابي هريرة قال اتي بسارق الى النبي صلى الله عليه وسلم فقيل يا رسول الله ان هذا سرق فقال ما اخاله سرق وروى ابو داود انه صلى الله عليه وسلم اتي بلص قد اعترف اعترافا ولم يوجد معه متاع فقال صلى الله عليه وسلم ما اخالك سرقت قال بلى فاعاد مرتين او ثلاثا فامر به فقطع الحديث وروي عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لماعز لعلك قبلت او غمزت او نظرت قال لا الحديث قدمناه في الحدود فان قلت كيف صح لك القول بتخصيص عام الكتاب بهذه وهي اخبار آحاد وايضا شرط التخصيص عندكم المقارنة ومن اين ثبت لك ذلك قلت هذه الاخبار الواردة في طلب الستر بلغت مبلغا لا ينحط بها عن درجة الشهرة لتعدد متونها مع قبول الامة لها فصح التخصيص بها او هي مستند الاجماع على تخيير الشاهد في الحدود فثبوت الاجماع دليل ثبوت المخصص واما المقارنة فانما هي شرط التخصيص في نفس الامر وهذا التخصيص الذي ادعيناه هنا ليس كذلك بل هو جمع للمعارضة على ما كتبناه في التعارض في كتاب تحرير الاصول من ان الجمع بين العام والخاص اذا تعارضا بان يحمل على تخصيصه به فاذا وجب الجمع حمله على ذلك لتشهير الحكم منا بانه كان مقارنا او انها ليست تخصيصات اول كما انا اذا رجحنا في التعارض المحرم على المبيح وثبت صحتها تضمن حكمنا بان المبيح كان مقدما على التحريم فنسخ حكما لوجوب ترجيح المحرم وان لم يعلم تقدمه بعلم تاريخه وكثيرا ما يعرض بعض متاخرين

الا انه يجب ان يشهد بالمال دون السرقة فيقول اخذ احياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء حقه قال والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولا تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري رحمه الله مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا تقبل فيها شهادة النساء لما ذكرنا قال وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك وقال الشافعي رحمه الله لا يقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا واقل وقوعا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن

الشارحين على كثير من المواضع الحكوم فيها بالتخصيص من اصحابنا بان المقارنة غير معلومة فما ثبت التخصيص ومرادهم في تلك الاماكن ما ذكرنا هذا كله واذا نظرنا الى مجرد اطلاق قوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا فاما اذا قيدناه بما اذا دعوا للشهادة في الدين المذكور اول اي قوله تعالى اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه ثم قال ولا يأب الشهداء اي بذلك الدين فظاهر **قوله** الا انه يجب ان يشهد بالمال استدراك من قوله مخير في الحدود فانه يقتضي ان لا يشهد بالسرقة فقد يتبادر انه يشهد فيها مطلقا لاستلزامه الحد فقال يجب ان يشهد بالمال احياء لحق مالكه على وجه لا يوجب الحد فيقول اخذ المال ولا يقول سرق فان الاخذ اعم من كونه غصبا او على ادعاء انه ملكه او وديعة عند المأخوذ منه وغير ذلك فلا يستلزم الشهادة بالاخذ مطلقا ثبوت الحق به ما مع ان فيه مصلحة للمسروق منه لانه اذا قال سرق فثبتت السرقة وجب القطع وبه ينتفي ضمان المال ان كان اتلفه **قوله** والشهادة على مراتب اربعة منها الشهادة في الزنا والشهادة في بقية الحدود والقصاص المالك والشهادة فيما سواها من المعاملات والشهادة فيما لا يطلع عليه الرجال من النساء اما على الزنا فيعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وروى ابن ابي شيبة حدثنا حفص عن حجاج عن الزهري قال مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين بعده ان لا تجوز شهادة النساء في الحدود والدماء انتهى وتخصيص الخليفتين يعني ابا بكر وعمر رضي الله عنهما لانهما اللذان كان معظم تقرير الشرع وطرق الاحكام في زمانهما وبعدهما ما كان من غيرهما الا الاتباع ولان النص اوجب اربعة رجال بقوله تعالى اربعة منكم فقبول امرأتين مع ثلاثة يخالف لما نص عليه من العدد والمعدود وغاية الامر المعارضة بين عموم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فيبين هذه فتقدم هذه لانها مانعة وتلك مبيحة وايضا هذه تفيد زيادة قيد زيادة القيد من طرق الدرء فانه كلما كثرت قيود الشيء قل وجوده بالنسبة الى ما ليس فيه زيادة تقييد ولان فيها شبهة البدلية ولذا قال لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة وذلك لان قوله تعالى فان لم يكونا رجلين الآية ظاهرة ان لا تقبل شهادتهن الا عند عدم رجال يشهدون وقد روي عن بعض العلماء ذلك فاعتبر حقيقة البدلية لكن لما لم يكن ذلك معمولا به عند اهل الاجماع نزلت الى شبهة البدلية والشبهة كالحقيقة فيما يندرئ بالشبهات وسائر ما سوى حد الزنا من الحدود تقبل فيه شهادة رجلين ولا تقبل النساء لما ذكرنا وكذا القصاص وما سوى ذلك من المعاملات وكل ما سوى ذلك يقبل فيه رجلان او رجل وامرأتان سواء كان الحق مالا او لا كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك كالعتق والرجعة والنسب وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاذن وشرط الخيار والشفعة والاجارة وقتل الخطاء وكل جرح لا يوجب الا المال وكذا فسخ العقود وقبض نجوم الكتابة الا النجم الاخير ففيه وجهان لترتب العتق عليه لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط كقول الشافعي رح قال مالك وعن احمد روايتان رواية كقولنا ورواية كقولهم لقصور الولاية حتى انها لا تصلح للامارة ولا تقبل شهادة الاربع منهن لكن خرج عن الاصل شرعا في الاموال ضرورة لكثرة وقوع اسبابها فيلحق الحرج بطلب رجلين في كل حادثة وكذا العادة ان يوسع فيما يكثر وجوده بخلاف النكاح فانه مع كونه اعظم خطرا اقل وقوعا فلا يلحق الحرج بالاشتراط وكذا قال تعالى في الرجعة واشهدوا ذوي عدل منكم وقوله والرجعة من توابع النكاح فالحقت بقية التوابع به كالخلع والطلاق قال المصنف ولنا ان الاصل فيها القبول فابتدأ بتضمين منع مقدمته القائلة الاصل عدم القبول ثم ثبت هذه بوجود ما يبتنى عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة الخ واعترض بان المشاهدة والضبط اهلية الاداء لا اهلية الشهادة بل هي كما قال في الاسرار ان اهليتها بالولاية والولاية مبنية على الحرية والارث والنساء في

قال وتقبل فى الولادة والبكارة والعيوب بالنساء فى موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة على الشافعى فى اشتراط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس الى الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار العدد الا ان المثنى والثلث احوط لما فيه من معنى الالزام ثم حكمها فى الولادة شرحناه فى الطلاق واما حكم البكارة فان شهدن انها بكر يؤجل فى العنين سنة ويفرق بعدها لانها تأيدت بمؤيد اذ البكارة اصل وكذا فى رد المبيعة اذا اشتراها بشرط البكارة فان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع واما شهادتهن على استهلال الصبى لا تقبل عند ابى حنيفة فى حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا فى حق الصلوة لانه امر دينى وعندهما تقبل فى حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة

بذا كالرجال يعنى اهلية التحمل بالمشاهدة والضبط والنساء فى ذلك كالرجال ولهذا قبلت روايتهن لاحاديث الاحكام الملزومة للامة فمن هذا قد يقال والله اعلم ان جعل الشارع اثنتين فى مقام رجل لا لنقصان الضبط ونحو ذلك بل لاظهار حط درجتهن عن الرجال ليس غير ولقد نرى كثيرا من النساء يضبطن اكثر من ضبط الرجال لاجتماع خاطرهن اكثر من الرجال لكثرة الواردات على خاطر الرجال وتشغل بالهم بالمعاش والمعاد وقلة الامرين فى جنس النساء سلمنا انه لنقصان الضبط وزيادة النسيان فى جنسهن وان كان بعض افرادهن اضبط من افراد الرجال لقوله تعالى ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى لكن ذلك انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق الا الشبهة فلم تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات واما عدم قبول الاربع فعلى خلاف القياس وكانه كيلا يكثر خروجهن قوله وتقبل فى الولادة والعيوب بالنساء فى موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة مسلمة عدلة حرة والثنتان احوط وبه قال احمد وشرط الشافعى اربعا ومالك ثنتين لان كل ثنتين تقوم مقام رجل ولما كان المعتبر فى الشهادة امران العدد والذكورة وقد سقط اعتبار الذكورة فبقى العدد ولنا ما روى محمد بن الحسن فى اول باب شهادات النساء من الاصل عن ابى يوسف عن غالب بن عبيد الله عن مجاهد وعن سعيد بن المسيب وعطاء بن ابى رباح وطاؤس قالوا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه وهذا مرسل يجب العمل به ووجه الاستدلال بهذا الحديث قد اتفقنا على ان اللام لما لم يكن اعتبارها فى العهد اذ لا عهد فى مرتبة بخصوصها من مراتب الجمع كانت للجنس وهو يتناول القليل والكثير فيصح بواحدة والاكثر احسن فقلنا لذلك وروى عبد الرزاق انبأنا ابن جريج عن ابن شهاب عن الزهرى قال مضت السنة ان تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن وهذا مرسل حجة عندنا وهو مثل ما ذكره المص ورواه ابن ابى شيبة وروى عبد الرزاق ايضا اخبرنا ابو بكر بن سبرة عن موسى بن عقبة عن القعقاع عن حكيم عن ابن عمر قال لا تجوز شهادة النساء وحدهن الا على ما لا يطلع عليه الا هن من عورات النساء وله مخارج اخرى قال المص ثم حكمها فى الولادة شرحناه فى الكتاب الطلاق اى فى باب ثبوت النسب منه وفى المبسوط لو شهد بالولادة رجل فقال فاجأتها فاتفق نظرى اليه تقبل ان كان عدلا ولو قال تعمدت النظر لا تقبل وبه قال بعض اصحاب الشافعية وقال بعض مشائخنا ان قال تعمدت النظر تقبل ايضا وبه قال بعض اصحاب الشافعى رحمه الله واما حكم البكارة فان شهدت انها بكر يؤجل العنين سنة فاذا مضت فقال وصلت اليها وانكرت تريها النساء فان قلن هى بكر تخير فان اختارت الفرقة فرق الحال وانما فرق بقولهن لانها تأيدت بمؤيد وهى موافقة الاصل اذ البكارة اصل ولو لم تتأيد شهادتهن بمؤيد اعتبرت فى توجه الخصومة لا فى الزام الخصم وكذا فى رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فقال المشترى هى ثيب يريها النساء فان قلن بكر لزمت المشترى لتأيد شهادتهن بمؤيد هو الاصل فان قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ لان حق الفسخ قوى وشهادتهن ضعيفة ولم تتأيد بمؤيد لكن تثبت حق الخصومة فتتوجه اليمين على البائع لقد سلمتها بحكم المبيع وهى بكر فان لم يكن قبضها حلف بالله لقد بعتها وهى بكر فان نكل ردت اليه وان حلف لزم المشترى واما شهادتهن على استهلال الصبى فتقبل فى حق الصلوة عليه بالاتفاق واما فى حق الارث فعندهما كذلك وعند ابى حنيفة لا تقبل الا شهادة رجلين او رجل وامرأتين لان الاستهلال صوت مسموع والرجال والنساء فيه سواء كان مما يطلع عليه الرجال بخلاف الولادة فانها انفصال الولد من الام فلا يطلعون عليه وهما يقولان صوته يقع عند الولادة وعندها لا يحضر الرجال فصار كشهادتهن على نفس الولادة وبقولهما قال الشافعى ومالك واحمد وهو ارجح

قال ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فإن لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته أما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والمرضي من الشاهد هو العدل ولقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم ولأن العدالة هي المعينة للصدق لأن من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن أبي يوسف رحمه الله أن الفاسق إذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لأنه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والأول أصح إلا أن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا والمسألة معروفة وأما لفظة الشهادة فلأن النصوص نطقت باشتراطها إذ الأمر فيها بهذه اللفظة ولأن فيها زيادة توكيد فإن قوله أشهد من ألفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة أشد وقوله في ذلك كله إشارة إلى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لأنه شهادة لما فيه من معنى الإلزام حتى اختص بمجلس القضاء ويشترط فيه الحرية والإسلام قال أبو حنيفة رحمه الله يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودا في قذف ومثل ذلك مروي عن عمر رضي الله عنه ولأن الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية إذ لا وصول إلى القطع إلا في الحدود والقصاص فإنه يسأل عن الشهود لأنه يحتال لإسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولأن الشبهة فيها دارئة وإن طعن الخصم فيهم يسأل عنهم في السر والعلانية لأنه تقابل الظاهران فيسأل طلبا للترجيح وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بد أن يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق لأن القضاء مبناه على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان

قوله ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة حتى لو قال الشاهد أعلم أو أتيقن لا تقبل وثالث وهو التفسير حتى لو قال أشهد على شهادته أو مثل
شهادته لا تقبل وكذا مثل شهادة صاحبي عند الخصاف للاحتمال أما اشتراط العدالة فلقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم وقال تعالى ممن ترضون
من الشهداء ولأن العدالة هي المعينة لجهة الصدق وأن الشهادة إخبار يحتمل الصدق والكذب على السواء بالنظر إلى نفس المفهوم
فبذلك لا يلزم كونه صدقا حتى يعمل به فإن قيل المنكر أيضا قد يكون عدلا فالجواب أنه يعارضه اختلاف المدعي فيتساقطان وتسلم
الشهادة عن المعارض أو يترجح إخبار المدعي بالشهادة وعن أبي يوسف أن الفاسق إذا كان وجيها في الناس كأمراء السلطان
والمكسة وغيرهم تقبل شهادته لأنه لا يستأجر بشهادة الزور لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والأول أصح لأن هذا التعليل في مقابلة
النص فلا يقبل إلا أن القاضي إن قضى بشهادة الفاسق ينفذ عندنا ويكون القاضي عاصيا وأما اشتراط لفظة الشهادة فلأن النصوص نطقت
باشتراطها إذ الأمر فيها أي في النصوص بهذه اللفظة قال تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم وأشهدوا إذا تبايعتم واستشهدوا شهيدين من
رجالكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وأقيموا الشهادة لله وقال عليه السلام إذا رأيت مثل الشمس فاشهد وحاصله أن النصوص وردت
بلفظة الشهادة فإن قيل غايتها وردت بلفظ الشهادة وذلك لا يوجب على الشاهد لفظ الشهادة كما قال تعالى وربك فكبر فلم
يرد من السنة في تكبير الافتتاح إلا بلفظ التكبير كقوله صلى الله عليه وسلم تحريمها التكبير ولم يشترط كذلك لفظ التكبير عند أبي حنيفة ومحمد
لزم في الشهادة قلنا الفرق معنوي وهو أن لفظة الشهادة أقوى في إفادة تأكيد متعلقها من غيرها من الألفاظ كأعلم وأتيقن لما فيها من اقتضاء
معنى المشاهدة والمعاينة التي مرجعها الحس ولأنها من ألفاظ الحلف فالامتناع معه عن الكذب أظهر وقد وقع الأمر بلفظ الشهادة في قوله
تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله عليه الصلوة والسلام إذا رأيت مثل الشمس فاشهد فلزم لذلك لفظ الشهادة بخلاف التكبير فإنه تكبير التعظيم
وليس لفظ أكبر أبلغ من أجل وأعظم فكانت الألفاظ سواء فلم تثبت خصوصية توجب تعيين لفظة أكبر وقوله في ذلك كله أي في المراتب الأربعة كلها تشترط
العدالة ولفظ الشهادة في شهادة النساء وغيرها وقوله هو الصحيح احتراز عما قال العراقيون من عدم اشتراط لفظ الشهادة لأنها خبر كالشهادة على هلال
رمضان ووجه الظاهر وهو قول سائر الناس ومنهم مشايخ المذهب من البخاريين والبلخيين وغيرهم ما ذكرنا من النصوص مع وجه
إفادة اشتراطها بخلاف رمضان فإن اللازم فيه ليس الشهادة بل الإخبار ذكره في الخلاصة في كتاب الشهادات لو أخبر
عدل للقاضي بمجيء رمضان تقبل ويأمر الناس بالصوم يعني في يوم الغيم ولا يشترط لفظة الشهادة ويشترط القضاء أما في العيد
فيشترط لأنه يدخل تحت الحكم لأنه من حقوق العباد انتهى ولهذا احتاجوا إلى الحيلة في إثبات الرمضانية قالوا أن يدعي عند القاضي
بوكالة معلقة بدخول رمضان فيقبض دينا فيقر بالدين وينكر دخول رمضان فيشهد الشهود بذلك فيقضي بالمال فيثبت
مجيء رمضان أي إثباته مجيء رمضان لا يدخل تحت الحكم واتفق الكل على اشتراط الحرية والبلوغ والعقل والإسلام يعني في
الشهادة على المسلم وإلا فالذمي يجوز أن يشهد على مثله عندنا قوله قال أبو حنيفة يعني لما اتفق الأئمة الأربعة على
وجوب العدالة قال أبو حنيفة يقتصر الحاكم على عدالة المسلم لأن كل مسلم ظاهر حاله من التزام الإسلام التزام الاجتناب عن
محظوراته فيقبل كل مسلم بناء على أنه عدل وقال صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودا في قذف ورواه ابن أبي شيبة في

ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلى والمصلى ويردها المعدل وكل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد وفي العلانية لا بد ان
يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء في السر في زماننا تحرزا عن
الفتنة ويروى عن محمد رح تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو حر عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل
يكتفى بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهذا اصح قال وفي قول من راى ان يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى
عليه وعن ابي يوسف ومحمد رح انه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية الآخر الى تزكيته لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان في زعم المدعي
وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسألة اذا قال هم عدول الا انهم اخطأوا او نسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق

مسنده من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه قال في كتابه الذي كتبه لابي موسى الاشعري وقد منا بعضه وفيه المسلمون
عدول بعضهم على بعض الا مجلودا في قذف او مجربا في شهادة زور او ظنينا في ولاء او قرابة رواه الدارقطني من طريق فيه عبيد الله بن
ابي حميد وهو ضعيف ومن طريق آخر حسنه اخرجه البيهقي من طريق غير الطريقين جيدة فاذا كان الثابت ظاهرا هي العدالة اكتفى بها
اذ القطع لا يحصل ولو مع الاستقصاء نعم يزداد قوة الظن ولا موجب لطلب الزيادة الا بدليل ولم يوجد ولهذا لم يكن السلف يسألون
قيل واول من سأل ابن شبرمة بخلاف الحدود والقصاص لانه وجد فيها دليل طلب الزيادة فتسأل على ما عرف احتيالا للدرء
اذ ربما يخبر عن التزكية فيندرئ الحد وهو مطلوب واورد ان الظاهر انما يكفي للدفع والشهادة توجب الاستحقاق واجيب
بان الظاهر في الشهادة كالقطع لما لم يكن الوصول الى القطع ولا بالتزكية والحق ان الظاهر يوجب الاستحقاق والمراد بالظاهر
الذي لا يثبت به الاستحقاق هو الاستصحاب واما اذا طعن الخصم فقد تقابل ظاهران فيسأل فقال ابو يوسف ومحمد لا بد ان يسأل عنهم طعن الخصم
او لم يطعن في سائر الحقوق في السر والعلانية وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك من كان مشهورا بالعدالة لا يسأل عنه ومن عرف جرحه ردت
شهادته وانما تسأل او شك انما قلنا لا بد من السؤال مطلقا لان القضاء يبتنى على الحجة وهي شهادة العدول فلا بد ان تثبت عنده
العدالة وذكر شارح لا يخفى قوة دليل ابي حنيفة على ذلك وكونه لا بد ان تثبت العدالة لم يخالف فيه ابو حنيفة ولكن يقول طريق الثبوت هو البناء على ظاهر عدالة
المسلم خصوصا مع ما رويناه عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة والسلف ومع ذلك الفتوى على قولهما لاختلاف حال الزمان ولذلك
قالوا هذا اختلاف زمان لا حجة وبرهان وذلك لان الغالب في زمان ابي حنيفة الصلاح بخلاف زمانهما وما قيل انه افتى في القرن الثالث
وهو المشهود لهم بالصلاح منه صلى الله عليه وسلم حيث قال خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم وهما افتيا في القرن الرابع ففيه
نظر فان ابا حنيفة توفي في عام خمسين ومائة فكيف افتى في القرن الثالث وقوله خير القرون الى آخره اثبات الخيرية بالتدريج والتفاوت
لا يستلزم ان يكون في الزمان المتأخر غلبة الفسق والظاهر الذي يثبت بالغالب اقوى من الظاهر الذي يثبت بظاهر حال الاسلام وتحقيقه
لما قطعنا بغلبة الفسق فقد قطعنا بان اكثر من التزم الاسلام لم يجتنب محارمه فلم يبق مجرد التزام الاسلام مظنة العدالة فكان الظاهر الثابت بالغالب
بلا معارض وفي شرح الاقطع لو تاب الفاسق لا تقبل شهادته ما لم تمض ستة اشهر وقال بعضهم سنة ولو كان عدلا فشهد بالزور ثم تاب فشهد تقبل من
غير مدة قوله ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة وهي الورقة التي تكتب فيها القاضي اسماء الشهود ونسبهم وحلاهم والمصلى اي مسجد محلتهم وينبغي
ان يختار الاسر لاصحاب المسائل كيلا يخدع بالمال او موثوقا عظيم من يعرفه في هذه الاوصاف فيكتب اليه ثم هو يسأل منهم اهل محلته وسوقهم ومن يعرفهم ويكون المزكي
صاحب خبرة بالناس عن اختلاطهم لا منزويا عنهم فان هذا الامر لا يعرف الا بالمخالطة والمعاملة فان لم يجد الا اهل مجلسهم فان وجدهم غير ثقات يعتبر
تواتر الاخبار وعن ابن سماعة عن ابي حنيفة يجوز في تزكية السر المرأة والعبد والمحدود اذا كانوا عدولا ولا يجوز في تزكية العلانية الا من تجوز شهادته فيشترط
فيها ما اشترط فيها الا لفظة الشهادة فقط لان تزكية السر من الاخبار بالامور الدينية وكل من هو اهل لقبول خبره في الامر الديني اذا كان عدلا كما تقبل
رواية الاخبار فاذا قال المسؤول عنه هو عدل كتب المزكي هو عدل مرضي مقبول جائز الشهادة والا يكتب هو غير عدل وفي فتاوى قاضي خان
فان عرف فسقه لا يكتب تحت اسمه ذلك بل يسكت احترازا عن الهتك ويقول هو الله اعلم الا اذا خاف ان يقضي القاضي بشهادته

قال واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشاهد له ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة فيه وتشترط الذكورة في المزكي في الحدود والقصاص ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف رحمه الله لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا يشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله

فيصرح بذلك ومن لا يعرفه لا بالعدالة ولا بالفسق يكتب مستور ثم يرد المسطور تدعا امين القاضي اليه كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع المزكي او يقصد بالاذى واما العلانية فلا بد ان يجمع بين الشاهد والعدل لتنتفي شبهة تعديل المعدل لغير هذا الشاهد المسئول عنه القاضي اذ قد يتفق اسم وشهرة وصفة لاثنين وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول لانهم كان يغلب عليهم الصبر للحق ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا لغلبة النفوس فيه فتوجب الفتنة وقد روي عن محمد انه قال تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول العدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يكون عدلا وهو غير جائز الشهادة وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهو من اهلها فلا تلزم تلك الزيادة وهذا اصح لما ذكرنا من ان الظاهر الحرية نظرا الى الدار فيكتفي به ما لم يطعن الخصم بالرق ثم قال ابو حنيفة تفريعا على قول من راى انه يسال عن الشهود بلا طعن لا يقبل قول الخصم يعني المدعى عليه اذا قال في شهود المدعي هم عدول فلا تقع به التزكية لان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم يعني المدعى عليه اذا قال في شهود المدعي هم عدول فلا تقع به التزكية لان في زعم المدعي في شهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا لان العدالة بشرط في المزكي في الاجماع وعن ابي يوسف ومحمد يجوز قوله ذلك تعديلا لكن عند محمد يضم تزكية آخر الى تزكيته اي تزكية الخصم لان العدد عند محمد في المزكي بشرط وموضوع المسئلة ان يقول هم عدول الا انهم اخطاوا او نسوا اما لو قال صدقوا وهم عدول ومعناه ومعنى هذا وقد اعترف بالحق وانقطع النزاع وعن محمد فيما اذا قال هم عدول فالقاضي يسال المدعى عليه اشهدوا عليك بحق ام بباطل فان قال بحق فهو اقرار وان قال بغير حق لا يقضي بشيء **فرع** اذا شهد فعدل ثم شهد لا يستعدل الا اذا طال الوقت محمد شهرا وابو يوسف سنة ثم رجع وقال ستة اشهر **قوله** واذا كان رسول القاضي الذي يسال عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز الا اثنان والمراد من رسول القاضي المزكي وهو المسئول عنه عن الشهود فيجب ان يقرا قوله الذي يسال عن الشهود بالبناء للمفعول والحاصل انه يكفي في التزكية الواحد وكذا في الرسالة اليه الرسالة منه الى القاضي وكذا في الترجمة عن الشاهد وغيره عند ابي حنيفة وابي يوسف وبه قال مالك واحمد في رواية وعند محمد لا بد من اثنين وبه قال الشافعي واحمد في رواية لمحمد ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تبتنى على ظهور العدالة وهي بالتزكية فتوقفت عليها فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة وكذا اشترطت الذكورة في المزكي في الحدود كما اشترطت في الشهادة عليها ولهما انه ليس في معنى الشهادة والتوقف لا يستلزم اشتراك ما توقف عليه في كل حكم بل ما كان في معنى الشهادة عليها ولهما انه ليس في معنى الشهادة التي يثبت بها الحق ليكون مثلها والا فلا يلزم والتزكية لا يستند اليها ثبوت الحق بل الى الشهادة وكانت التزكية شرطا لاعمالها ولهذا وقع التفرقة بينها وبين الشهادة بالاجماع في عدم اشتراط لفظ الشهادة في التزكية فلا يلزم من اشتراط العدد في الشهادة اشتراطها في التزكية على ان التعدية تكون بجامع يعلم اعتباره واشتراط العدد في الشهادة امر تحكمي في الشهادة يعني تعبدي وفي المبسوط هو بخلاف القياس وهذا زيادة على كونه تعبديا اذ في القياس يكفي الواحد العدل لان خبره موجب للعمل لا للعلم اليقين وكما لا يثبت العلم بخبر الواحد لا يثبت بخبر الاثنين فلا يتعداها اي لا يتعدى الشهادة الى التزكية فهذا الخلاف في تزكية السر فاما تزكية العلانية فيشترط العدد بالاجماع على ما ذكره الخصاف مع ان الوجه المذكور يجري فيه وقدمنا انه زيادة شبهة لها بالشهادة من حيث اشتراط مجلس القضاء لها اتفاقا ولما ظهر من محمد اعتبار التزكية بالشهادة في حق العدد قال المشائخ فيجب عنده اشتراط اربعة من المزكين في شهود الزنا والله اعلم

فصل وما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك
الشاهد او رآه وسعه ان يشهد وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من
شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قال ويقول اشهد انه باع
ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسره للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة فلم يحصل العلم
الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس في البيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه له ان يشهد لانه حصل العلم
في هذه الصورة ومنه ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز له ان يشهد على شهادته الا ان يشهده عليه
لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره

فصل في بيان كيفية الاداء وسوغه قوله وما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه لا يكون هو تمام السبب لذلك الحكم
قولا كان مثل البيع والطلاق والاقرار وحكم الحاكم او فعلا كالغصب والقتل فاذا سمع الشاهد القول كان سمع قاضيا يشهد جماعة يحكم
او راى الفعل كالقتل والغصب وسعه ان يشهد بذلك فيقول اشهد انه باع اشهد انه قضى فلو كان البيع بالتعاطي فكذلك في الاصح ويشهدون على
الاخذ والاعطاء وقيل يشهدون بالبيع كالقول والاقرار اشهد في الانه كذب وانما جاز الاداء بلا اشهاد لانه علم الموجب بنفسه وهو الذي على
الموجب وهو ركن المسوغ للاداء الشهادة لانه لا حقيقة للمسوغ للاداء سواه وهو ورد في الاطلاق يعني مطلق الاداء واستدل على تسويغ الشرع
الاداء في ذلك بقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون فافاد ان من شهد عالما بالحق كان ممدوحا فلزم ان ذلك مطلق شرعا والا
لم يكن ممدوحا وقال عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد علق بالشهادة عند العلم بما هو مثل الشمس وهو اباحة لو قال له لا تشهد على بما سمعته مني ثم قال
بحضرته لرجل لي لك علي كذا او غير ذلك حل له بل يجب ان يشهد عليه بذلك وفي الخلاصة اشترى عبدا وادعى على البائع عيبا به فلم يثبت
فباعه من رجل فادعى المشتري الثاني عليه بذلك العيب فانكر فالذين سمعوا منه حل لهم ان يشهدوا على العيب في الحال والحديث رواه الحاكم
في المستدرك والبيهقي في المعرفة من حديث ابن عباس رضي الله عنهما ان رجلا سال النبي صلى الله عليه وسلم عن الشهادة فقال هل ترى الشمس
قال نعم قال على مثلها فاشهد او دع وصححه الحاكم وتعقبه الذهبي بان محمد بن سليمان بن مشمول ضعفه غير واحد اتقى والمعلوم ان النسائي ضعفه
ووافقه ابن عدي وفي الباقي المذكور ما يفيد انه مختلف فيه ولو سمع من وراء الحجاب كنيته لا يشهد من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد
ولو شهد وفسر للقاضي بان قال سمعته باع ولم ار شخصه حين تكلم لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة الا اذا كان يعلم ذلك لان المسوغ هو العلم غير ان رؤيته
متكلما بالعقد طريق العلم به فاذا فرض تحقق طريق آخر جاز وذلك بان يكون دخل البيت فرآه فيه وعلم انه ليس به احد غيره ولا منفذ
غير الباب وهو قد جلس وسمع الاقرار والبيع فانه يجوز له الشهادة عليه بما سمع لانه حصل به العلم في هذه الصورة ونحوه ما في
الاقضية ادعى على ورثته الا قال لا تشهد ان فلانا المتوفى قبض من المدعي صرة فيها دراهم وزنها ان فيها قدر كذا وانها دراهم
وان كلها جياد وما يقع عليه تعيينها بذلك فاذا شهدا به جاز وفي النوادر اذا اقرت امراة من وراء حجاب لا يجوز لمن سمع ان يشهد على
اقرارها الا اذا رأى شخصها فحينئذ يجوز اصل في هذه المسئلة وضعها في الخلاصة وغيرها وكذا الشهادة على امرأة سئل ابن محمد بن الحسن ابا سليمان عنها
قال لا يجوز حتى يشهد جماعة انها فلانة اما عند ابي يوسف وعندنا يجوز اذا شهد عنده عدلان انها فلانة ثم على اشتراط رؤية وجهها اختلاف المشايخ
فمنهم من لم يشترط واليه مال الامام خواهرزاده وفي النوازل قال يشترط رؤية وجهها وفي جامع الاصغر رؤية وجهها وانت تعلم انه لابد من معرفة
تفيد التمييز عند الاداء عليها فاذا ثبت ان التعريف يفيد التمييز لزم ان لا حاجة الى رؤية وجهها ولا شخصها الا اختار شيخ الاسلام خواهرزاده والا لم
يوجد من يعرفها او هو صحيح يجري الخلاف المذكور انه يكفي في التعريف عدلان او لا بد من جماعة وفي المنتقى بحمل الشهادة على امرأة [illegible]
وشهد عنده ان المقرة فلانة جاز ان يشهد عليها [illegible] شهدا على امرأة [illegible] اذا كانت [illegible]
[illegible]
[illegible]

قال ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول ابي حنيفة رح وعندهما يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادته في ديوانه او قضيته لان ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا تذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق به انا شهدنا نحن وانت

حكم بنفسه وهو الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز ان يشهد على شهادته الا ان يشهده وذلك الشاهد على شهادة نفسه لان الشهادة غير موجبة بنفسها بل بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولهذا لو سمعه يشهد شاهدا على شهادته لم يسع السامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره وهذا الاطلاق يقتضي انه لو سمعه يشهد في مجلس القاضي حل له ان يشهد على شهادته لانها ملزمة **فروع** كتب الى آخر رسالة من فلان الى فلان كنت تتقاضاني الالف التي لك علي وكنت قضيتك منها خمسمائة وبقي علي خمسمائة او كتب الى زوجته قد بلغني كتابك تسألني الطلاق فانت طالق طلقت ساعة كتب وينبغي لمن علم ذلك ان يشهد بالمال والطلاق وهي شهادة حق بخلاف ما لو كتبت صكا او وصية وقال للشهود اشهدوا على بما فيه ولم يقرأه عليهم بدل علماؤنا لا يجوز لهم ان يشهدوا عليه قيل لهم ذلك والصحيح الاول وانما يحل لهم ان يشهدوا اذا قرأه عليهم او رأوه يكتب وهم يقرؤونه او كتبه غيره ثم قرأه عليه بحضرة الشهود فقال لهم اشهدوا على بما فيه او قرأه عليه فقال للشاهد نشهد عليك بما فيه فحرك رأسه بنعم بلا نطق فهو باطل الا في الاخرس ومثله ما اذا دفع اليهم وصية مختومة وقال هذه وصيتي وختمي فاشهدوا على بما فيه لا يجوز ان يشهدوا بما فيه وعن ابي يوسف اذا كتب بحضرة الشهود وادعى الشاهد فلم يعرف الشاهد ما فيه وامره ان يشهد بما فيه وسعه ان يشهد لانه اذا كان في يده كان معصوما من التبديل واعلم انه يجوز لهم ان يشهدوا في المسئلة السابقة بما اذا كان الكتاب على الرسم المعروف بان كان على ورقة وعنوان كما هو العادة في الكتابة الى الغائب واذا شهد على ذلك التقدير فقال لم اود الاقرار والطلاق لا يدينه القاضي ويدين فيما بينه وبين الله تعالى اما لو رآه كتب ذكر حق على نفسه لرجل لا على ذلك الوجه ولم يشهدهم به لا يحل ان يشهد بالدين بجواز كونه للتجربة بخلاف الكتابة المرسومة وبخلاف خط السمسار والصراف لانه حجة للعرف الجاري به على ما يأتي ان شاء الله تعالى في كتاب الاقرار **قوله** ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر شهادته التي صدرت فيه فان لم يتذكر وجزم انه خطه لا يشهد لان هذا الجزم ليس بجزم بل تخيل الجزم لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم هكذا ذكره القدوري ولم يذكر خلافا هو ولا في شرحه الاقطع وكذا الخصاف ذكرها في ادب القاضي له ولم يحك خلافا ولما حكى الخلاف الفقيه ابو الليث وغيره كشمس الائمة قال المص قيل هذا على قول ابي حنيفة وعندهما يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق يعني عدم جواز الشهادة اذا رأى ولم يتذكر وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة في ديوانه يعني رأى في ديوانه شهادة شهود ادبت عنده ولم يتصل بها حكم ثم جاء المشهود له وطلب حكم القاضي والقاضي لا يتذكر انه شهد عنده بذلك لم يجز ان يحكم عنده وبه قال الشافعي وبه رواية عن احمد وعند ابي يوسف ومحمد رح اذا وجده في قمطره تحت خاتمه يجوز ان يقضي به وبه قال مالك واحمد في رواية وكذا اذا رأى قضيته اي رأى حكمه مكتوبا في خريطة وهي القمطرة ولم يتذكر انه حكم فهو على هذا الخلاف فظهر ان المص حكى الخلاف فيهما واحدا بينه وبينهما وشمس الائمة في ادب القاضي من المبسوط حكى الخلاف كذلك في واحد ان صحيفة الحكم واما في شهادة الشاهد يجدها في صك وعلم انه خطه ولم يتذكر الحادثة وفي الحديث يجده مكتوبا بخطه او وجده مكتوبا بخط غيره وهو خط معروف فعلى خلاف ذلك وقد صارت الفصول ثلثا وجدان القاضي الشهادة عنده او حكمه ووجدان الشاهد خطه والراوي في الحديث قال محمد اخذ في الفصول الثلثة بالرخصة تيسيرا وقال بعضهم الخط اذا كان معروفا وابو يوسف في مسئلة القضاء والرواية اخذ بالرخصة لان المكتوب كان في يده او يد امينه وفي مسئلة الشهادة اخذ بالعزيمة لانه كان في يد الخصم فلا يأمن الشاهد التغير فلا يعتمد خطه وحاصل وجه قول ابي حنيفة في صور الخلاف انه ان وضع الخط ليرجع اليه عند النسيان والا فلا فائدة وهو يمنع حصر الفائدة في ذلك بل يصح ان تكون فائدته ان يتذكر به حادثته عند النسيان الا ترى انه اذا كان محفوظا مأمونا عليه من

قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره
بها من يثق به وهذا استحسان والقياس ان لا تجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان
ان هذه الامور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج
وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل واحد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط
ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل في الموت يكتفي باخبار واحد او واحدة لانه قلما يشاهد
حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح

الشهير كان يكون تحت ختمه في خريطة المحفوظة عنده انه يترجح العمل بها بخلاف ما اذا كان عند غيره لان الخط يشبه الخط ورأينا كثيرا تحاكي خطوطهم حتى اني رأيت بلدة الاسكندرية خط رجل من اهل العلم يعرف بالقاضي بدر الدين الدماميني رحمه الله كان فقيها مالكيا شاعرا اديبا فصيحا وخط آخر بها شاهد يعرف بالخطيب لا يفرق الانسان بين خطيهما اصلا ودماميني بالنون بلدة بالصعيد ولقد اخبرني من اثق بصلاحه وخيره انه شاهد رجلا كان معيدا في الصلاحية بالقدس الشريف وضع رسم شهادته في صك فاخذه من صاحبه عدو له فكتب رجل مثله له ثم عرضه على ذلك الكاتب فلم يشك انه خطه وهذا قول ابي يوسف ويقتضي انه لو كان الصك في يد الشاهد تركه الطالب في يده من كتبه جاز ان يشهد اذا عرف خطه ولم يذكر الحادثة وبهذا اجاب محمد بن مقاتل حين كتب اليه نصير بن يحيى فيمن نسي شهادته ووجد خطه وعرفه بل يسعه ان يشهد قال اذا كان الخط في حرزه يسعه ان يشهد وقال في المجرد قال ابو حنيفة لو شهدوا على صك فقالوا تعرف ان هذا خطنا وخواتيمنا لكن لا نذكره لم يكن للقاضي ان ينفذ شيئا من ذلك فان انفذه قاض غيره ثم اختصموا فيه انفذه لان هذا مما يختلف فيه القضاة وهذا يفيد انه لو ذكر للقاضي اني اشهد من غير تذكر للحادثة بل بمعرفة خطي لا يقبل فانه لم يحك خلافا فلو نسي قضاه ولا سجل عنده فشهد عنده شاهدان انك قضيت بكذا لهذا على هذا فان تذكر امضاه وان لم يتذكر فلا اشكال عند ابي حنيفة لا يقضي بذلك لا لابي يوسف كذلك وعند محمد يعتمد ويقضي به وهو قول احمد وابن ابي ليلى وعلى هذا لو سمع من غيره حديثا ثم نسي الاصل روايته للفرع ثم سمع الفرع يرويه عنه عند ابي حنيفة وابي يوسف لا يعمل به وعند محمد يعمل به ومن ذلك المسائل التي رواها محمد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ونسيها ابو يوسف وهي ست فكان ابو يوسف لا يعتمد روايته محمد لها عنه ومحمد كان لا يدع روايتها عنه كذا قالوا وبه علم ان في تخريج المسائل الست اشكال لان المذكور عنه وكرهم لهذه المسائل ان ابا يوسف انكر وقال ما رويت لك عن ابي حنيفة ذلك على ما صرح به في الهداية فيما اذا صلى اربعا وترك القراءة في احدى الاوليين واحدى الاخريين انه يلزمه قضاء اربع فقال ابو يوسف ما رويت لك الا ركعتين وهذه الصورة ليست من صور نسيان الاصل رواية الفرع بل من صور تكذيب الاصل رواية الفرع عنه كما يعرف في الاصول والخلاف مسقط فيه بين المحدثين والاصوليين ان رواية الفرع ترد في ذلك بخلاف ما اذا نسي الاصل ولم يجزم بالانكار فلا ينبغي اعتبار قول محمد نعم لو صح اعتبار ما ذكره عنه تخريجا على اصول ابي حنيفة رحمه الله يمكن **قوله** ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه اي لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين او السماع الا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الامور اذا اخبره بها من يثق به من رجلين عدلين او رجل وامرأتين ويشترط كون الاخبار بلفظ الشهادة وفي الموت اذا قلنا يكفي الواحد لا يشترط لفظ الشهادة بالاتفاق او يتواتر الخبر بذلك وقيل في الموت يكتفي باخبار واحد عدل او واحدة عدلة وهو المختار بخلاف ما سواه لانه قل ما يشاهد حاله عند الموت الا واحد لان الانسان يهابه ويكرهه فاذا رآه واحد عدل ويعلم ان القاضي لا يقضي بذلك وهو عدل اخبر غيره ثم يشهد ان بموته ولا بد ان يذكر ذلك المخبر انه شهد موته او جنازته او دفنه حتى يشهد الآخر معه وكذا لو جاء خبر موت رجل وصنع اهله ما يصنع بالموتى لم يسع لاحد ان يشهد بموته الا ان يشهد بموته او سمع ممن شهد ذلك ذكره في الفتاوى وما في الاكتفاء بالعدلين نقل عن ابي يوسف وعن ابي حنيفة رحمهما الله لا يشهد حتى يسمع عن جماعة وقال الخصاف في الكل حتى يسمع من العامة وتتابع الاخبار ويقع في قلبه تصديق ذلك من غير تفصيل وفي الفصول عن شهادات المحيط في النسب ان يسمع انه فلان بن فلان من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب عند ابي حنيفة وعندهما اذا اخبره عدلان انه ابن فلان تحل الشهادة وابو بكر الاسكاف

وينبغي ان يطلق اداء الشهادة ولا يفسر اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك تطلق الشهادة ثم اذا فسر لا تقبل كذا هذا ولو رأى انسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج كما اذا رأى عينا في يد غيره ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله

كان يفتي بقبولها وهو اختيار النسفي وفي النكاح لم يشترط المصنف رحمه الله رؤيته وقوله الى آخره ان يسمع من الناس انها زوجته وكذا الفقهاء ذكره وغيره وهو احسن ثم قول احمد كقولنا فيما سوى الدخول وقول للشافعي ورواية عن مالك والمصنف لم يحك خلافا بل جعل قياسا واستحسانا فالقياس عدم الجواز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة فان الاشتقاق لتلازم الصيغتين معنى وحسب بعد اشتراكهما في الحروف الاصول والمشاهدة منتفية يعني القطع فلا يجوز كما في البيع وغيره كما لو سمع بالاستفاضة انه باع لم تجز الشهادة عليه بالبيع وكذا غيره ووجه الاستحسان ان العادة جارية بذلك وذلك لسبب انه لا طريق الى معرفة هذه الاشياء سوى الخبر اذ لم تجر العادة بحضور الناس الولادة وانما يرون الولد مع امه او مرضعته وينسبونه الى الزوج فيقولون هو ابن فلان وكذا عند الموت لا يحضره غالبا الا الاقارب فاذا رأوا الجنازة والدفن حكموا بموت فلان وكذا النكاح لا يحضره كل احد وانما يخبر بعضهم بعضا ان فلانا تزوج فلانة وكذا الدخول لا يعلم الا بالامارات فان الوطء لا يشاهد وكذا ولاية السلطان للقاضي لا يحضرها الا الخواص وانما يحضرون جلوسه وتصديه للاحكام واذا كانت العادة ان علم هذه الاشياء غالبا لا يكون الا لبعض افراد وان الناس يعتمدون فيه على الخبر كان الخبر مسوغا للشهادة والا ضاعت حقوق عظيمة تبقى على امر الاعصار كالنسب والنكاح والارث والموت ويترتب عليها امور كثيرة مثل العدة والاحصان وكمال المهر في الدخول والحاصل لما ذكره يعني الاجماع على وجوب الشهادة بان عائشة رضي الله عنها بنت ابي بكر رضي الله عنه وانها زوجة النبي صلى الله عليه وسلم وانه دخل بها وان عليا رضي الله عنه ابن ابي طالب وعمر رضي الله عنه ابن الخطاب وان شريحا كان قاضيا وان ابا بكر وعمر وعثمان وعليا رضي الله عنهم ماتوا وان لم نعاين شيئا من ذلك وحكي في الخلاصة عن ظهير الدين في الدخول لا تجوز الشهادة فيه بالتسامع فلو ارادوا ان يثبت الدخول تثبت الخلوة الصحيحة ونص الخصاف على انه يجوز بالتسامع لانه امر يشتهر بخلاف الزنا فاحشة تستر **قوله** وينبغي ان يطلق اداء الشهادة فيشهد انه ابنه او امير او قاض اما اذا فسر للقاضي انه شهد عن تسامع بين الناس لم تقبل شهادته كما انه اذا شهد بالملك لمعاينة اليد حل له وتقبل ولو فسر فقال لاني رأيته في يده في وقت من الاوقات لا تقبل وفي الفوائد الظهيرية شهدا على النكاح والنسب وفسرا وقالا سمعنا ذلك من قوم لا يتصور تواطؤهم على الكذب لا تقبل وقيل تقبل وقال صاحب العمدة لو قالا اخبرنا بذلك من نثق به تقبل وجعله الاصح واختاره الخصاف وفي فصول الاستروشني لو شهدا على النكاح فسألهما هل كنتما حاضرين فقالا لا تقبل شهادتهما لانه يحل لهما الشهادة بالتسامع وقيل لا تقبل كأنهما قالا لم نعاين ولو شهدا وقالا سمعنا لا تقبل فكذا هذا فلو شهدا انهما دفناه او قالا شهدنا جنازته تقبل ولو شهد بالموت واحد وآخر بالحياة يأخذ امرأته بشهادة الموت لانهما تثبت العارض ذكره رشيد الدين في فتاواه وفي الخلاصة لو اخبرها واحد بموته واثنان بحياته ان كان المخبر بالموت عدلا وشهد انه عاين موته او جنازته وسعها ان تتزوج بعد انقضاء عدتها ثم قال هذا اذا لم يؤرخا فان ارخا وتاريخ شاهد الحياة بعد تاريخ شاهد الموت فشهادة شاهد الحياة اولى وكذا في مسئلة انتهى وفي الطلاق في وصايا عصام الدين فقال شهدا ان زيدا مات او قتل وآخران على الحياة فالموت اولى وفي فتاوى الفضلي شهد عندها عدلان ان زوجها مات او قتل او ارتد والعياذ بالله هل لها ان تتزوج فيه روايتان في السير لا يجوز وفي الاستحسان يجوز ومن فروع التسامع في فتاوى النسفي قال رجل لامرأة سمعت ان زوجك مات لها ان تتزوج ان كان المخبر عدلا فان تزوجت ثم اخبرها جماعة انه حي ان صدقت الاول يصح النكاح وفي المنتقى لم يشترط تصديقها بل شرط عدالة المخبر فقط وقد يقال ان هذا خلاف ما تقدم وقد يفرق بان ذلك في حال قدومها وعدمه وهذا بعد ان تزوجت واستحقها الزوج

ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف وعن ابي يوسف رحمه الله آخراً انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب لقوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب وعن محمد رحمه الله انه يجوز في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار الا انا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يبتنى عليه واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع في اصله دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر قال ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيراً لاطلاق محمد رحمه الله في الرواية فيكون شرطاً على الاتفاق وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا رحمهم الله لان اليد متنوعة الى انابة وملك قلنا والتصرف يتنوع ايضاً الى نيابة واصالة

الثاني لما سمر او الشي بالشي يذكرا واخبرها واحد عدل او شهد عند وليها بان زوجها طلقها او مات عنها ووقع في قلبها صدقه لها ان تعتد وتتزوج وذكر رشيد الدين انما تجوز الشهادة بالتسامع على الموت اذا كان الرجل معروفا بان كان عالما او من العمال اما اذا كان تاجرا او من هو مثله لا تجوز الا بالمعاينة **قوله** ثم قصر الاستثناء في الكتاب اي استثنا القدوري حيث قال الا في النسب الى آخر الاشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف فلا تجوز الشهادة بالتسامع فيهما وعن ابي يوسف تجوز في الولاء بالتسامع رجع اليه وكان اولا يقول كقول ابي حنيفة ومحمد لا يجوز الا ان يسمعها المعتق ثم رجع الى انه يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب وفي النسب يجوز في التسامع فكذا في الولاء الا ترى انا نشهد ان قنبرا مولى علي بن ابي طالب رضي الله عنه ونافعا مولى ابن عمر رضي الله عنه وبلالا مولى ابي بكر الصديق رضي الله عنه ولهما انه يبنى على العتق والعتق لكونه قولا يسمع كثيرا انما يقصد الاشهاد عليه لا يثبت بالتسامع فكذا ما يبنى عليه وليس تجويزنا بالسماع لكون الشي مما يشتهر بل للضرورة لما ذكرنا ان السبب لا يرى او لا يرى العلوق وكذا تقليد القضاء الا الخواص والموت والباقي فيودي الى ما ذكرنا ولا كذلك العتق وكون نافع مولى ابن عمر رضي الله عنه ونحوه من باب الاخبار الحق وهذا بناء على ان لا خلاف في الفتوى انه لا تقبل بالتسامع وعليه نص شمس الائمة وذكر الصدر الشهيد عن الحلواني ان الخلاف ثابت في العتق ايضا عند ابي يوسف يجوز بالتسامع خلافا لهما وهو قول مالك واحمد وقول للشافعي وشرط الخصاف في الولاء على قول ابي يوسف شرطا لم يذكره محمد في المبسوط فقال انما يقبل اذا كان العتق مشهورا للمعتق ابوان او ثلثة في الاسلام قال المص واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع عليه في اصله وقال الاقطع في شرحه قال محمد يجوز وقوله لان اصله هو الذي يشتهر والوجه في التوجيه انه وان كان قولا مما يقصد الاشهاد عليه والحكم به في الابتداء لكنه في توالي الاعصار يبيد الشهود والاوراق مع اشتهاره وتعينه فيبقى في البقاء شايبته ان لم تجز الشهادة به بالتسامع فمست الحاجة الى ذلك وقوله الصحيح الخ احتراز عن قول طائفة من المشايخ قال في الفصول اختلف المشايخ قال بعضهم تحل وقال بعضهم لا تحل ومن المشايخ من قال يجوز على اصل الوقف بالتسامع لا على شرائطه واليه مال شمس الائمة السرخسي وهو ما ذكره المص وليس معنى الشروط ان يبين الموقوف عليه بل ان يقول يبدا من غلتها بكذا وكذا والباقي كذا وكذا وفي الفتاوى الصغرى في الفصل الثاني من كتاب الشهادات اذا شهدوا ان هذا وقف على كذا ولم يبينوا الوقف ينبغي ان يقبل ونص عن الشيخ الامام ظهير الدين اذا لم يكن الوقف قديما لا بد من ذكر الوقف واذا شهدوا ان هذه الصيغة وقف ولم يذكروا الجهة لا يجوز ولا تقبل بل يشترط ان تقولوا وقف على كذا ثم قال وما ذكرهنا وفي الاصل صورته ان يشهدوا بالتسامع على انها وقف على المسجد او المقبرة ولم يذكروا انه يبدا بغلتها فتصرف الى كذا ثم ما فضل يصرف الى كذا ان لا يشهد على هذا الوجه بالتسامع وهكذا قال المرغيناني لا بد من بيان الجهة انه وقف على المسجد او المقبرة وما شبه ذلك حتى لو لم يذكرا ذلك لا تقبل شهادته قال وتاويل قولهم لا تقبل الشهادة على شرائط الوقف انه لا ينبغي للشاهد بعد ذكر الجهة ان يشهد انه يبدا من غلته فيصرف الى كذا وكذا ولو ذكر ذلك لا تقبل ذكره في الذخيرة وذكر في المجتبى والمختار ان تقبل على شرائط الوقف ايضا وانت اذا عرفت قولهم في الاوقات التي انقطع ثبوتها ولم يعرف لها شرائط ومصارف انها تسلك بها ما كانت عليه في دواوين القضاة لم تقف عن تحسين ما في المجتبى لان ذلك هو معنى الثبوت بالتسامع

قوله ومن كان في يده شيء الخ صور ثلثة اي عينا سوى ما استثنيناه في يد انسان ثم راها في يد غيره والاول يدعي عليه الملك وسعه ان يشهد للمدعي لان الملك يعرف بالظاهر واليد بلا منازع دليل ظاهر فيه ولا دليل سواه لان غاية ما يمكن فيه ان يعاين

ثم المسئلة على وجوه ان عاين المالك والملك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فيحصل معرفته وان لم يعاينهما او عاين المالك دون الملك لا يحل له واما العبد والامة فان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما يدا على انفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه والله اعلم

سبب الملك من الشراء والهبة وموت المورث وشيء من هذه الاسباب لا يفيد ملك الثاني حتى يكون ملك الاول وعن ابي يوسف انه يشترط في حل الشهادة بالملك مع ذلك ان يقع في قلبه انه له وفي الفوائد الظهيرية اسند هذا القول الى ابي يوسف ومحمد ولفظه وعنهما قال المص قالوا يعني المشائخ يحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد في الرواية قال الصدر الشهيد يحتمل ان يكون قوله قول الكل وبه ناخذ وقال ابو بكر الرازي هذا قولهم جميعا ووجهه ان الاصل في حل الشهادة اليقين لما عرف فعند تعذره يصار الى ما يشهد به القلب لان كون اليد مسوغا بسبب افادتها ظن الملك فاذا لم يقع في القلب ذلك لا ظن فلم يفد مجرد اليد ولهذا قالوا اذا راى انسان درة ثمينة في يد كناس او كتابا في يد جاهل ليس في ابائه من هو اهل له لا يسعه ان يشهد بالملك له فعرف ان مجرد اليد لا يكفي وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشائخنا وهو الخصاف وهو قول مالك لان اليد تتنوع الى ملك ونيابة وضمان قلنا وكذا التصرف ايضا فلم يزل احتمال عدم الملك بالتصرف ثم ينبغي ان يطلق الشهادة حتى لو قال انه شهد بناء على اليد لا تقبل وهذا لان معاينة اليد مطلق للشهادة مجوز لها لا موجب على الشاهد ان يشهد والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة ولهذا قلنا اذا كانت في يد رجل يتصرف فيها تصرف الملك بيعت دار الى جانبها فاراد ان ياخذها بالشفعة لا يقضي القاضي له بذلك وان ثبت عنده انها في يده يتصرف فيها اذا انكر المشتري ان الدار في يده ملكه لان العيان ليس سببا للوجوب بل للجواز **قوله** ثم ان عاين الملك الخ حاصله ان المسئلة على اربعة اوجه الاول ان يعاين الملك وهو ان عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده وراه في يده بلا منازعة ثم راه في يد اخر فجاء الاول وادعاه وسعه ان يشهد له وظهر ان المراد بالملك المملوك الثاني ان يعاين الملك دون المالك بان عاين ملكا بحدوده ينسب الى فلان بن فلان وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي نسب اليه الملك وادعى ملك هذا المحدود على شخص حل له ان يشهد استحسانا والقياس ان لا يجوز لان الجهالة في المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا في المشهود له وجه الاستحسان ان الملك المشهود به معلوم والنسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوما بالتسامع ايضا فاورد عليه انه يلزم ان يكون الشهادة بالملك بالتسامع واجيب بان الشهادة بالملك هنا ليست قصدا بل بالنسب وفي ضمنه ثبوت الملك فيجوز وهنا كذلك لانه سمع ان هذا الملك لفلان بن فلان فحصل له العلم بنسب المالك بالتسامع وثبت ملكه في ضمنه والاعتبار بالمتضمن لا المتضمن ولا يخفى ان مجرد ثبوت نسبه بالشهادة عند القاضي لم يوجب ثبوت ملكه لتلك الضيعة لولا الشهادة به وكذا المقصود ليس اثبات النسب بل الملك في الضيعة والله اعلم وعلى هذا قال الناصحي فان كان المالك امراة لا تخرج ولا يراها الرجل فان كان الملك مشهورا لها جاز ان يشهد عليه لان شهرة الاسم كالمعاينة الثالث ان لا يعاين الملك ولا المالك بان سمع ان لفلان الفلاني ضيعة في قرية كذا حدودها كذا وهو لم يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له ان يشهد بالملك لانه مجازف في هذه الشهادة الرابع ان يعاين المالك بان عرفه معرفة تامة كما ذكرنا وسمع ان له ضيعة في كورة كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه ان يشهد له بالملك فيها لانه لم يحصل له العلم بالمحدود **قوله** واما العبد والامة يعني اذا عاينهما في يد انسان يخدمانه اذا كان يعرف انهما رقيقان جاز له ان يشهد انهما ملكه سواء كانا صغيرين او كبيرين لانهما بوصف الرق لا يد لهما على نفسهما وقد شوهدا في يد غيرهما فكان كرؤية ثوب في يده وان لم يعرف رقهما فان كانا صغيرين اي لا يعبران عن انفسهما فكذلك يجوز ان يشهد له بملكهما لما ذكرنا انهما لا يد لهما على انفسهما وان كانا كبيرين اي يعبران عن انفسهما سواء كانا صبيين عاقلين او بالغين به صرح المحبوبي فهو مصرف الاستثناء في قوله سوى العبد والامة لان لهما يدا على انفسهما فتدفع يد الغير عنهما حتى ان الصبي الذي يعقل لو اقر بالرق على نفسه لغيره

باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل

قال ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر وهو رواية عن ابي حنيفة تقبل فيما يجري فيه التسامع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال ابو يوسف والشافعي يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير مؤف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الاداء يمتنع القضاء عند ابي حنيفة ومحمد لان قيام الاهلية للشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وقد بطلت وصار كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية بالموت قد انتهت وبالغيبة ما بطلت

جاز اقراره ويقضي المقر له بما يصنع بملوكه واذا كان ممن يعبر عن نفسه لا تكون اليد دليل الملك اذ الحر قد يخدم الحر خدمة العبد وهذا الاحتمال يهدر اذا كانا لا يعبران عن انفسهما فاما اذا كانا لذلك بالغا فلا يزال اعتباره الا باقرارهما بالرق فان لم يقرا الا تثبت الشهادة عليهما وانما لا تقبل دعواهما الحرية بعد ما كبرا في يد من جاء في يده لظهور الرق عليهما باليد في حال صغرهما هذا وعن ابي حنيفة انه يحل له ان يشهد في الكبيرين ايضا وكذا عند ابي يوسف ومحمد فجعلوا اليد في الكل دليلا على الملك بدليل ان من ادعى عبدا او امة في يد غيره وذو اليد يدعي لنفسه فالقول لذي اليد لان الظاهر شاهد له لقيام يده عليه وقوله والفرق ما بينا يريد كون يدهما على انفسهما فتدفع اليد عنهما

باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل لما ذكر تفصيل من يسمع من الشهادة شرع في بيان من تسمع شهادته واخره لان المحال شروط والشرط غير مقصود لذاته والاصل ان التهمة يبطل الشهادة لقوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم والتهمة تثبت مرة بعدم العدالة ومرة بعدم التمييز مع قيام العدالة **قوله** ولا تقبل شهادة الاعمى مطلقا سواء عمي قبل التحمل او بعده فيما تجوز الشهادة فيه بالتسامع او لا تجوز وقال زفر وهو رواية عن ابي حنيفة تقبل فيما يجوز فيه بالتسامع لان الحاجة فيه للسماع ولا خلل في سمعه وهو قول الشافعي ومالك واحمد والنخعي والحسن البصري وسعيد بن جبير والثوري وتقبل في الترجمة عند الكل لان العلم يحصل بالسماع وقال ابو يوسف تجوز فيما طريقه السماع وما لا يكفي فيه السماع اذا كان بصيرا وقت التحمل اعمى عند الاداء اذا كان يعرفه باسمه ونسبه وهو قول الشافعي ومالك واحمد لانه اذا كان يعرفه باسمه ونسبه كفى كالشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له وعليه وهو منتف من الاعمى الا بالنغمة وفيه اي في التمييز بالنغمة شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فلم تقع ضرورة الى اهدار هذه التهمة بخلاف وطي الاعمى زوجته وامته فانه لا يمكن التحرز عنه بجنس النساء فاهدرت دفعا للحرج عنه والاكتفاء بالنسبة في تعريف الغائب دون الحاضر بخلاف الميت لانه لا يمكن التحرز عنه بتحقق الشهود على ان الاشارة لم تقع الى وكيل الغائب ووصي الميت وهو قائم مقامه ولا حاجة الى الالحاق بالحدود من جهة ان شهادة الاعمى لا تقبل فيها بالاجماع بل ما تقدم يكفي اذ الرد بتهمة ما في الحدود ولا يستلزم الرد بمثلها في غيرها لان ذلك يحتاط في درء الحكم فيها واما الاستدلال بما عن علي رضي الله عنه انه رد شهادة الاعمى فيقول ابو يوسف هذه واقعة حال لا عموم لها فيجاز كونه كان في حد وثمة وقيد في الذخيرة قول ابي يوسف بما اذا كانت شهادته في الدين والعقار اما في المنقول فاجمع علماؤنا انها لا تقبل واستشكل بكتاب القاضي الى القاضي فان الشهود لا يشيرون الى احد وتقبل واجيب بان الشهود فيه يعرفون المشهود عليه ويقولون رايناه عرفناه والاعمى لا يعرفه اذ لو راه لم يعرفه حتى لو قالوا في كتاب القاضي لا نعرفه اليوم لم تقبل وايضا فقبول كتاب القاضي للضرورة والحاجة كما تقدم ولا ضرورة في شهادة الاعمى لما ذكرنا من امكان الاستغناء عنه بجنس الشهود هذا قال فلو ادى بصير ثم عمي قبل القضاء امتنع القضاء عند ابي حنيفة ومحمد لصيرورة الشهادة حجة عنده اي عند القضاء لانها انما تراد للقضاء فما يمنع الاداء يمنع القضاء ر(؟)وا العمى والخرس والجنون والفسق يمنع الاداء فمنع القضاء وابو يوسف قاسه بما اذا غاب الشاهد بعد الاداء قبل القضاء او مات قلنا بالموت انتهت الشهادة وتمت وبالغيبة ما بطلت بخلاف العمى فانه مبطل لها وفي المبسوط انه لا يجوز شهادة الاخرس باجماع الفقهاء لان لفظة الشهادة لا تتحقق منه ونقض بان الاصح من قول الشافعي تقبل اذا كانت فيه اشارة

قال ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فاولى ان لا يثبت له الولاية على غيره ولا المحدود في القذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى واولئك هم الفاسقون او هو استثناء منقطع بمعنى لكن

مفهومة وبقولنا قال مالك واحمد وهو قول الشافعي ولا شك في تحقق التهمة في الاشارة فهو اولى بعدم القبول من الاعمى لان في الاعمى انما يتحقق التهمة في نسبته وهنا يتحقق في النسبة وغيره من قدر المشهود به وامور اخر **قوله** ولا تقبل شهادة المملوك اي الرقيق وبه قال مالك والشافعي وقال احمد تقبل على الاحرار والعبيد وهو قول انس بن مالك رض وهو قول عثمان البتي واسحق وداود وعن علي رض تقبل على مثله لا الاحرار والمعول عليه في المنع عدم ولايته على نفسه وما هو الا معنى ضعيف بعد ثبوت عدالة العبد وتمام تمييزه وعدم ولايته على نفسه لعارض تخلفه من حق المولى لا لنقص في عقله ولا خلل في تحمله وضبطه فلا مانع واما ادعاء الاجماع على عدم قبوله فلم يصح قال البخاري في صحيحه وقال انس شهادة العبد جائزة اذا كان عدلا واجازه شريح وزرارة بن ابي اوفى وقال ابن سيرين شهادته جائزة الا العبد لسيده واجازه الحسن وابراهيم وقال شريح كلكم بنو عبيد واماء الى هنا لفظ البخاري ولا تقبل شهادة الصبي عندنا وبه قال مالك والشافعي واحمد وعامة العلماء وعن مالك تقبل في الجراح اذا كانوا مجتمعين لامر مباح قبل ان يتفرقوا ويروى ذلك عن ابن الزبير والوجه في ان لا تقبل لنقصان العقل والتمييز بما تقدم لعله بعدم التكلف **فرع** اذا تحمل شهادة لمولاه فلم يؤدها حتى عتق فاداها قبلت كالصبي اذا تحمل فادى بعد البلوغ وكذا الذمي اذا سمع اقرار المسلم ثم اسلم فادى جاز **قوله** ولا تقبل شهادة المحدود في قذف وقال الشافعي ومالك واحمد تقبل اذا تاب والمراد بتوبته الموجبة لقبول شهادته ان تكذب نفسه في قذفه وهل يعتبر معه اصلاح العمل فيه قولان في قول يعتبر لقوله تعالى الا الذين تابوا واصلحوا وقيل لا لان عمر رض قال لابي بكرة تب اقبل شهادتك وقد يجاب بان ابا بكرة كان من العباد وحاله في العبادة معلوم فصلاح العمل كان ثابتا له فلم يبق الا التوبة باكذاب نفسه واصله ان الاستثناء في قوله تعالى الا الذين تابوا ينصرف الى الجملة الاخيرة او الى الكل والمسئلة محررة في الاصول وهي ان الاستثناء اذا تعقب جملا متعاطفة هل ينصرف الى الكل او الاخيرة عندنا الى الاخيرة وقد تقدم ثلاث جمل في قوله تعالى فاجلدوهم ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون والظاهر من عطف ولا تقبلوا انه داخل في حيز الحد للعطف مع المناسبة وقيد التابيد اما المناسبة فلان رد شهادته مولم لقلبه بسبب عن فعل لسانه كالحد لانه بما يصلح مانعا في المستقبل من فعله والتعذيب سبب لزيادة الوقوع لانه تعيير وعدم من يعرفه لا يستحيي من احد يرافيه فاذا فرض ان له داعية الزنا وسع فيه وكذا قيد التابيد لا فائدة له الا تابيد الرد والاقبال ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون جملة مستانفة لبيان تعليل عدم القبول ثم استثنى الذين تابوا وهذا لان الرد على ذلك التقدير ليس الا الفسق وبه يرتفع بالتوبة واما رجوع الاستثناء الى الكل في قوله تعالى في المحاربين ان يقتلوا الى قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم حتى سقط عنهم فلدليل اقتضاه وهو قوله تعالى من قبل ان تقدروا عليهم فانه لو عاد الى الاخيرة اعني قوله ولهم عذاب عظيم لم يبق لقوله من قبل ان تقدروا عليهم ليس الا سقوط الحد وهذا لانا انما نقول بعود الاستثناء الى الاخيرة فقط اذا تجرد عن دليل عوده الى الكل واما اذا اقترن به عاد اليهما كما يقول هو ان عوده الى الكل اذا تجرد عن دليل عوده الى الاخيرة فقط فلو اقترن به عاد اليها فقط وح فالقياس على سائر الحدود غير صحيح لانها لم تقترن بما يوجب ان الرد من تمام الحد فكان قياسا في مقابلة النص لا يقال رد الاستثناء الى الجملة الاخيرة ينفي الفائدة لانه معلوم شرعا ان التوبة تزيل الفسق بغير هذه الآية لانا نقول كون التوبة تزيل استحقاق العقاب بعد ثبوته لا يعرف عقلا بل سمعا وذلك بما يراد ما يدل عليه من السمع وهذا منه وكون آية اخرى تفيده لا يضر

ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم تقبل شهادته لان للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له شهادة اخرى بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد اصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق **قال** ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده والاصل فيه قوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استاجره ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة ولهذا لا يجوز اداء الزكوة اليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه او تتمكن فيه التهمة قال رضـ والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت لهم وقيل المراد به الاجير مسانهة او مشاهرة او مياومة فيستوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير كالمستاجر عليها

للقطع بان طريق القرآن تكرار الدوال خصوصا اذا كان مطلوب التاكيد كاقيموا الصلوة وقد تكرر الا الذين تابوا الى قوله فاولئك اتوب عليهم وانا التواب الرحيم وفي اخرى الا من تاب وآمن الى قوله تعالى فاولئك يدخلون الجنة ولا يظلمون شيئا وفي الاخرى الا من تاب الى قوله تعالى فاولئك يبدل الله سيأتهم حسنات ومواضع اخرى عديدة ولم يسمع ان يقال في احدها قد عرفت هذا آية اخرى فلا فائدة في هذا الآن اقدم على الكفر والعياذ بالله وانما كان هذا منه قوله تعالى رحمة للعباد وليوكد هذا المعنى ولانه اذا لم يذكره الا في موضع واحد فعسى ان لا يسمعه بعض الناس فاذا تعدد مواضعه فمن لم يسمع تلك الآيات سمع تلك ومن لم يسمع تلك سمع اخرى فكان في تعداد افادة هذا المعنى لغيب بظنة علمه لكل احد مع تاكيد جانب عفوه لا يحصى ثناء عليه واما ما عن عمر رضـ انه قال لابي بكرة تب اقبل شهادتك ففي ثبوته نظر لان رواية عمرو بن قيس ولو تركنا النظر في ذلك كان معارضا لما قال لابي موسى الاشعري في كتابه له والمسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلودا في قذف او مجربا في شهادة زور او ظنينا بقرابة وقد بينا عنه عمن رواية ابن ابي شيبة قوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ولقولنا قال سعيد بن المسيب وشريح والحسن وابراهيم النخعي وسعيد بن جبير وهكذا روى عن ابن عباس قال المصنف او هو استثناء منقطع وذلك لان التائبين ليسوا داخلين في الفاسقين فكانه قيل واولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا فان الله غفور رحيم اي يغفر لهم ويرحمهم واذا كان من تمام الحد لكونه مانعا اي زاجرا يبقى بعد التوبة كاصله اي كاصل الحد فانه لا يسقط بالتوبة فكذا ما كان تماما وفي المبسوط الصحيح من المذهب عندنا انه اذا اقام اربعة من الشهود على صدقه بعد الحد تقبل شهادته **قوله** ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم تقبل شهادته لان للكافر شهادة في الجملة فكان ردها من تمام شهادته بخلاف العبد اذا حد في قذف ثم اعتق لا تقبل شهادته لانه لم يكن له شهادة اذ ذاك فلزم كون تتميم حده برد الشهادة التي تجددت له وقد طولب بالفرق بينه وبين من زنا في دار الحرب ثم خرج الى دار الاسلام لا يحد حيث توقف حكم الموجب في العبد الى ان امكن ولم يتوقف في الزنا في دار الحرب الى الامكان بالخروج الى دار الاسلام اجيب بان الزنا في دار الحرب لم يقع موجبا اصلا لعدم قدرة الامام فلم يكن الامام مخاطبا باقامته اصلا لان القدرة شرط التكليف فلو حده بعد خروجه من غير سبب آخر كان بلا موجب وغير الموجب لا ينقلب موجبا بنفسه خصوصا في الحد المطلوب درؤه اما قذف العبد فموجب حال صدوره للحد غير انه لم يكن تمامه في الحال فتوقف تتمه على حدوثها بعد العتق قال في المبسوط بعد ان ذكر فرق المصنف هذا الفرق على الرواية التي تقبل خبر المحدود في القذف في الديانات اما على رواية المنتقى ان لا تقبل والفرق ان الكافر بالاسلام استفاد عدالة لم تكن موجودة عند اقامة الحد وهذه العدالة لم تصر مجروحة باقامة الحد بخلاف العبد فانه بالعتق لا يستفيد عدالة لم تكن من قبل وقد صار عدالته مجروحة باقامة الحد ثم لا فائدة في تقييد الجواب في العبد بكون العتق بعد الحد في قوله اذا حد ثم اعتق لانه لو لم يحد حتى اعتق فحد لا تقبل ايضا ولكن وضعه كذلك لانه يتم لبيان الفرق بينه وبين الكافر والكافر لو قذف مسلما ثم اسلم ثم حد لم تقبل شهادته ولو حد بعض الحد في حال كفره وبعضه في حال اسلامه ففيه اختلاف الروايتين ومر في حد القذف وفي هذه المسئلة ثلاث روايات لا تسقط شهادته حتى يقام عليه تمام الحد تسقط اذا اقيم اكثره تسقط اذا ضرب سوطا لان من ضرورته ذلك القدر الحكم شرعا بكذبه **قوله** ولا تقبل شهادة الوالد وان علا لولده وان سفل ولا شهادة الولد لابويه واجداده اما الولد من الرضاع فتقبل الشهادة له قال

ولا يقبل شهادة احد الزوجين للآخر وقال الشافعي تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متميزة ولهذا يجري القصاص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما رويناه ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به

المصنف في الاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل الخ وهو حديث غريب وانما اخرجه ابن ابي شيبة وعبد الرزاق من قول شريح قال لا تجوز شهادة الابن لابيه ولا الاب لابنه ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا الشريك لشريكه في الشيء بينهما لكن في غيره ولا الاجير لمن استأجره ولا العبد لسيده انتهى و قال ابن ابي شيبة ثنا وكيع عن سفيان و اخرجا نحوه عن ابراهيم النخعي لكن الخصاف وهو ابو بكر الرازي الذي شهد له اكابر المشائخ انه كبير في العلم رواه بسنده الى عائشة رض ثنا صالح بن زريق وكان ثقة ثنا مروان بن معاوية الفزاري عن يزيد بن زياد الشامي عن الزهري عن عروة عن عائشة رض عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا السيد لعبده ولا الشريك لشريكه ولا الاجير لمن استأجره انتهى وقد فسر في رواية شريح امر الشريك وذكر المصنف ايضا عنه صلى الله عليه وسلم لا شهادة للقانع باهل البيت وهو بعض حديث رواه ابو داؤد في سننه عن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رد شهادة الخائن والخائنة وذي الغمر على اخيه وشهادة القانع باهل البيت واجازها لغيرهم قال ابو داود الغمر الشحناء وكذا رواه عبد الرزاق في مصنفه وعنه رواه احمد وقال في التنقيح محمد بن راشد وثقه احمد بن حنبل ويحيى بن معين وغيرهما وتكلم فيه بعض الائمة وقد تابعه غيره عن سليمان رواه عن عمرو بن شعيب عن الحجاج بن ارطاة في ابن ماجة وادام بن فائد في الدارقطني لم يذكر فيه القانع وخرج الترمذي عن يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروة عن عائشة رض قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود حدا ولا ذي غمر على اخيه ولا مجرب بشهادة زور ولا القانع لاهل البيت ولا ظنين في ولاء ولا قرابة انتهى وقال غريب لا نعرفه الا من حديث يزيد بن زياد الدمشقي وهو يضعف في الحديث قال والغمر العداوة انتهى وقال ابو عبيدة والغمر العداوة والقانع التابع لاهل البيت كالخادم لهم قال يعني يطلب معاشه منهم لانه قرابة الولادة اعظم في ذلك والظنين المتهم في دينه فهذا الحديث لا ينزل عن درجة الحسن فاذا ثبت رد القانع واذا كان عدلا فالولد والوالد ونحوهما اولى بالرد فيثبت رد شهادتهم بدلالة النص ويكون دليلا على صحة حديث الترمذي المذكور فيه والظنين في ولاء لا قرابة فقرابة الولاء اعظم في ذلك وان كان راويه مضعفا فليس الراوي الضعيف كل ما يرويه باطل انما يرد لتهمة الغلط لضعفه فاذا قامت دلالة انه اجاد في هذا المتن وجب اعتباره صحيحا وان كان من روايته ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة فتكون شهادة لنفسه من وجه ولكون الولاد كنفسه من وجه لم يجز شرعا دفع الزكوة لهم وعلى هذا كان شريح حتى رد شهادة الحسن حين شهد مع قنبر لعلي رض فقال علي اما سمعت انه صلى الله عليه وسلم قال الحسن والحسين هما سيدا شباب اهل الجنة قال نعم صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن ابت بشاهد آخر فقيل عزله ثم اعاده وزاد في رزقه فقيل رجع علي لما ... وقوله والمراد بالاجير على ما قالوا ليس الخاص الذي يعد نفعه نفعه وضرره ضرره وياكل معهم وهو المراد بالقانع المذكور في الحديث واما شهادة الاستاذ فمقبولة وكذا المستأجر وقيل المراد الاجير مسانهة او مشاهرة او مياومة لانه اذا كانت جارته على هذا الوجه وخلت منفعته التي هي الاداء في اجرته فيكون مستوجبا لاجر شهادته فيصير كالمستأجر عليها وفي ... قال محمد رح في رجل استأجر رجلا يوما واحدا فشهد له الاجير في ذلك اليوم القياس ان لا تقبل ولو كان اجيرا خاصا فشهد فلم يعدل حتى ذهب الشهر عدل قال العلماء كرجل شهد لامرأته ثم طلقها ولو شهد ولم يكن اجيرا ثم صار اجيرا له قبل ان يقضي فانه يبطل شهادته فان لم تبطل حتى بطلت الاجارة ثم اعاد الشهادة جازت كالمرأة اذا طلقها قبل ان ترد شهادته ثم اعاد لا تجوز هادونا في زيادات الاصل من قوله ل شهادة الاجير محمول على الاجير المشترك **قوله** ولا تقبل شهادة احد الزوجين للآخر ولو كان المشهود له مملوكا من الزوجة او الزوج

ولا شهادة المولى لعبده لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او من وجه ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى ولا لمكاتبه لما قلنا ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة وتقبل شهادة الرجل لاخيه وعمه لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض قال ولا تقبل شهادة مخنث ومراده المخنث في الردي من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة

وقال الشافعي تقبل وبقولنا قال مالك واحمد وقال ابن ابي ليلى والثوري والنخعي لا تقبل شهادة الزوجة لزوجها لان لها حقا في ماله لوجوب نفقتها وتقبل شهادة الزوج لها لعدم التهمة وجه الشافعي ان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة اي لكل يد في حيز الاخرى فهي مجموعة عنه من جانب الشيء منعه فلا اختلاط فيها ولهذا يجري بينهما القصاص والحبس بالدين ولا معتبر بما بينهما من النفع المشترك لكل منهما بمال الآخر لانه غير مقصود بالنكاح لانه لم يقصد لان ينتفع كل منهما بمال الآخر وانما ثبت ذلك تبعا للمقصود عادة وصار كالغريم اذا شهد لمديونه المفلس بمال له على آخر تقبل مع توهم انه يشاركه في منفعته ولنا ما رويناه من قوله صلى الله عليه وسلم ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته قد سمعت انه من قول شريح مرفوع من رواية الخصاف ولو لم يثبت ثم فيه نص كفى المعنى فيه والحاقه بقرابة الولادة في ذلك بجامع شدة الاتصال في المنافع حتى يعد كل غنيا بمال الآخر وكذا قال تعالى ووجدك عائلا فاغنى قيل بمال خديجة رضي الله عنها بل ربما يكون الاتصال بينهما في المنافع والانبساط فيها اكثر مما بين الآباء والاولاد بل قد يعادي ابويه لرضى زوجته وهي لرضاه ولان الزوجية اصل الولاد لان الولادة عنها تنشأ فتلحق بالولاد فيما يرجع الى معنى اتصال المنافع كما اعطى كسر بيض الصيد حكم قتل الصيد عندنا بخلاف القصاص لان بعد الموت لا زوجية وفي المحيط لا تقبل شهادته لمعتدته من رجعي ولا بائن لقيام النكاح في بعض الاحكام ولو شهد احدهما للآخر في حادثة فردت وارتفعت الزوجية فاعاد تلك الشهادة لا تقبل بخلاف ما لو ردت للفسق ثم تاب وصار عدلا واعاد تلك الشهادة لا تقبل وبه قال مالك واحمد والشافعي في الاصح لان القاضي لما ردها صار مكذبا في تلك الشهادة شرعا فلا تقبل بخلاف شهادة العبد والكافر والصبي اذا ردت ثم عتق واسلم وبلغ واعادها تقبل وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك هو رواية عن احمد لا تقبل كالرد للفسق قلنا ردّ شهادتهم لعدم الاهلية لا للتهمة الكذب وهي كافية في الرد فاذا صاروا اهلا تقبل ولو قيل الرد في الفسق لا يستلزم الحكم بكذبه بل بجهر وتهمة به وبالاعادة في العدالة ترتفع تهمة كذبه في تلك الشهادة بعينها فيجب قبولها احتاج الى الجواب فصار كالحاصل كل من ردت شهادته لمعنى ثم زال ذلك المعنى لا تقبل اذا اعادها بل زوال ذلك المعنى الا العبد واحد الزوجين للآخر والكافر والاعمى والصبي اذا شهد فردوا الكافر والاعمى والصبي اذا شهد كل منهم فرد ثم عتق واسلم والبصر وبلغ فشهدوا في تلك الحادثة بعينها تقبل ولا تقبل فيما سواهم ولا تقبل لام امرأته وبنتها ولزوج بنته ولامرأة ابنه ولامرأة ابيه ولاخت امرأته

قوله ولا شهادة المولى لعبده لما تقدم من رواية الخصاف ولانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين من وجه اذا كان لان الحال اي حال مال العبد فيما اذا كان عليه دين موقوف مراعى بين ان يصير للغرماء بسبب جميع المال في دينه وبين ان يبقى للمولى بسبب قضائه دينه وكذا المدبر وام الولد والمكاتب وهو قول الائمة الثلاثة وقوله لما قلنا يعني من انه شهادة لنفسه من كل وجه ومن وجه في المبسوط وكذا لا تقبل شهادة ابي المولى وابنه وامرأته لهؤلاء وكذا شهادة المرأة لزوجها المملوك على ما قدمناه وكان مقتضى القياس ان تقبل لانها في الحقيقة شهادة لسيدها ولكن منعوه للفظ النص السابق ولا الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما بخلاف ما ليس من شركتهما حيث تقبل لانتفاء التهمة غير ان هذا انما يتحقق في الشريك المفاوض لان كل شيء هو من شركتهما ولذا قالوا لا تقبل الا في الحدود والقصاص والنكاح والعتاق والطلاق لان ما سوى هذه مشترك بينهما وينبغي ان ترد الشهادة بما كان من طعام اهل احدهما او كسوتهم ايضا لانه لا شركة بينهما فيه قوله وتقبل شهادة الاخ لاخيه وعمه قيل لا خلاف لكن قال شمس الائمة في شرح ادب القاضي من السلف من قال لا تقبل شهادة الاخ لاخيه ولا شك في ضعف التهمة فيه لانه لا بسوطة وليس منفعته ملزومة الا الف بل كثيرا ما يكون فيهم العداوة والبغضاء وكل قرابة غير الولاد كالخال والخالة وغيرهما كالاخ تقبل فيه الشهادة قوله لا تقبل شهادة مخنث ومراده الذي يفعل الردي من الافعال

ولا نائحة ولا مغنية لانهما ترتكبان محرما فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية
قال ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه ولا من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة

وهو التشبه بالنساء تعمد ذلك في تزيينه وتكسير اعضائه وتليين كلامه كما هو صفتهن لكون ذلك معصية روى ابو داود باسناده الى ابن عباس رضي الله
عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعن الله المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء يعني المتشبهات بالرجال فكيف اذا تشبه بهن فيما هو اعظم
من ذلك فاما الذي في كلامه لين خلقة وفي اعضائه تكسير خلقة فهو عدل مقبول الشهادة **قوله** ولا نائحة ولا مغنية هذا لفظ القدوري فاطلق ثم قال
بعد ذلك ولا من يغني للناس فورد انه تكرار لعلم ذلك مما ذكر من قوله مغنية والوجه ان اسم مغنية ومغن انما هو في العرف لمن كان الغناء حرفته التي يكتسب بها
المال الا ترى اذا قيل ما حرفته او ما صناعته يقال مغن كما يقال خياط وحداد فاللفظ المذكور هنا يراد به ذلك غير انه خص المؤنث به ليوافق لفظ
الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله النائحات لعن الله المغنيات ومعلوم ان ذلك لوصف التغني لا لوصف الانوثة ولا التغني مع الانوثة لان الحكم المرتب على المشتق انما
يفيد ان وصف الاشتقاق هو العلة فقط لا مع زيادة اخرى نعم هو من المراة افحش لرفع صوتها وهو حرام ونصوا على ان التغني للهو او لجمع المال حرام بلا خلاف
ومثل هذا اللفظ النائحة صار عرفا لمن جعلت النياحة مكسبة ولكن حينئذ كانه قال لا تقبل شهادة من اتخذ التغني صناعة يأكل بها ومن لم يكن ذلك صناعته
كذا علل في الكتاب بانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة وفي النهاية ان الغناء في حق المراة مطلقا حرام لرفع صوتها وهو حرام ... وقيد في غناء الرجال
بقوله للناس ولا يخفى ان قوله من يغني للناس لا يخص غناء الرجال لان من يطلق على المؤنث خاصة فضلا عن الرجال والنساء معا وكون صلتها وقعت
بتذكير الضمير في قوله يغني بالياء من تحت لا يوجب خصوصيته بالرجال لما عرف انه يجوز في ضميرها مراعاة المعنى ومراعاة اللفظ ومراعاة اللفظ اولى وان كان
المعنى على التانيث فكيف اذا كان المعنى اعم من المؤنث والمذكر فان قلت تعليل المصنف رحمه الله يجمع الناس على كبيرة يقتضي ان التغني مطلقا حرام
وان كان مفاده بالذات ان الاستماع كبيرة لانهم انما يجتمعون على الاستماع بالذات الا ان كون الاستماع محرما ليس الا لحرمة المسموع وليس كذلك
فانه اذا تغنى بحيث لا يسمع غيره بل لنفسه ليدفع عنه الوحشة لا يكره وقيل ولا يكره اذا فعله ليستفيد به نظم القوافي ويصير فصيح اللسان وقيل لا يكره لاسماع
الناس اذا كان في العرس والوليمة وان كان فيه نوع لهو بالنص في العرس فالجواب ان في التغني لاسماع نفسه ولدفع الوحشة خلاف بين المشايخ
منهم من قال لا يكره انما يكره ما كان على سبيل اللهو احتجاجا بما عن انس بن مالك رضي الله عنهما انه دخل على اخيه البراء بن مالك رضي الله عنهما وكان من زهاد الصحابة
وكان يتغنى وبه اخذ شمس الائمة السرخسي رح ومن المشايخ من كره جميع ذلك وبه اخذ شيخ الاسلام وحمل حديث البراء بن مالك رضي الله عنهما
انه كان ينشد الاشعار المباحة التي فيها ذكر الحكم والمواعظ فان لفظ الغناء كما يطلق على المعروف يطلق على غيره قال صلى الله عليه وسلم من لم يتغن بالقرآن
فليس منا وانشاد المباح من الاشعار لا باس به ومن المباح ان يكون فيه صفة امراة مرسلة بخلاف ما اذا كانت بعينها حية واذا كان كذلك فجاز ان يكون المصنف
قائلا بتعميم المنع كشيخ الاسلام رح الا انا عرفنا من هذا ان التغني المحرم هو ما كان في اللفظ ما لا يحل كصفة المذكر والمراة المعينة الحية ووصف الخمر المهيج
اليها والدساكر والحانات والهجاء لمسلم او ذمي اذا اراد المتكلم هجاءه لا اذا اراد انشاد الشعر للاستشهاد به او لتعلم فصاحته وبلاغته ويدل على ان وصف المراة كذلك
غير مانع ما سلف في كتاب الحج من انشاد ابي هريرة رضي الله عنه وهو محرم ع قامت تريك رهبة ان تصرما ساقا بخنداة وكعبا ادرما وانشد ابن عباس رضي الله عنهما ع ان تصدق الطير ننك
لميسا ولان المراة فيها ليست معينة فلولا ان انشاد ما فيه وصف امراة كذلك جائز لم تقله الصحابة ومما يقطع به في هذا قول كعب بن زهير بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم ع وما سعاد
غداة البين اذ رحلت الا اغن غضيض الطرف مكحول تجلو عوارض ذي ظلم اذا ابتسمت كانه منهل بالراح معلول وكثير في شعر حسان من هذا كقوله وقد سمعه صلى الله عليه وسلم ولم ينكره في قصيدة

ولانه قد يقف على عورات النساء بصعود سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني **قال** ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة **قال** ولا من يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد للفسق

التي اولها: سبلت فؤادك في المنام خريدة * تسقي الضجيع ببارد بسام * فاما الزهريات المجردة عن ذلك المتضمنة وصف الرياحين والازهار والمياه المطردة كقول ابن المعتز
سقيا لها بغايات الخليج كانها * اذا صافحت راحة الريح مبردة * يعني سقيا لك الرياض وقوله تجري الرياح اذا مسحن غديره * فسلنه وتعين كل قذاة * ما ان يزال عليه ظبي كارعا
كتطلع الحسناء في المرآة * فلا وجه لمنعه على هذا نعم اذا قيل ذلك على الملاهي امتنع وان كان مواعظ وحكما للآلات نفسها لا لذلك التغني والله اعلم وفي المنتقى الرجل الصالح اذا
تغنى بشعر فيه فحش لا تبطل عدالته وفي مغني ابن قدامة الملاهي نوعان محرم وهو الآلات المطربة بلا غناء كالمزمار والطنبور ونحوه لما روى ابو امامة انه عم قال ان الله
بعثني رحمة للعالمين وامرني بمحق المعازف والمزامير والنوع الثاني مباح وهو الدف في النكاح وفي معناه ما كان من حادثة سرور ويكره غيره لما روي
عن ابن عمر رض انه كان اذا سمع صوت الدف بعث ينظر ان كان في وليمة سكت وان كان في غيرها عمد بالدرة وفي الاجناس سئل محمد بن شجاع عن الذي
ترنم مع نفسه قال لا يقدح في شهادته واما القراءة بالالحان فاباحها قوم وحظرها قوم والمختار ان كانت الالحان لا تخرج الحروف عن نظمها وقدر ذواتها فمباح
والا فغير مباح كذا ذكره وقد قدمنا في باب الاذان ما يفيد ان التلحين لا يكون الا مع تغيير مقتضيات الحروف فلا معنى لهذا التفصيل وقد نقلنا هناك عن الامام
احمد رح انه قال للسائل عن القراءة وما التلحين هو بعد ما اجاب بالمنع ما اسمك فقال محمد فقال له ايعجبك ان يقال لك يا محامد قوله واما
النائحة فظاهر انها ايضا في العرف لمن اتخذت النياحة مكسبة فاما اذا ناحت لنفسها فصرح في الذخيرة قال لم ترد النائحة التي تنوح في مصيبتها
بل التي تنوح في مصيبة غيرها اتخذت ذلك مكسبة لانها لما ارتكبت معصية لاجل المال لا يؤمن ان ترتكب شهادة الزور كذلك وهو ايسر عليها من العار
والنوح وهي النساء والنوح في مدة طويلة لم يتعقب هذا احد من المشايخ فيما علمت لكن بعض متأخري الشارحين نظر فيه بانه معصية فلا فرق بين كونه للناس
اولا قال صلى الله عليه وسلم لعن الله الصالقة والحالقة والشاقة وقال عليه السلام ليس منا من ضرب الخدود وشق الجيوب ودعى بدعوى الجاهلية وهما
في صحيح البخاري ولا شك ان النياحة ولو في مصيبتها نفسها معصية لكن الكلام في ان القاضي لا يقبل شهادتها لذلك وذلك يحتاج الى الشهرة ليصل
الى القاضي فانما قيد بكونها للناس بهذا المعنى والا فهو يرد عليه مثله في قولهم ولا مدمن الشرب على اللهو يريد شرب الاشربة المحرمة خمرا او غيره ولفظ محمد رح
في الاصل ولا شهادة مدمن خمر ولا شهادة مدمن السكر يريد ولو من الاشربة المحرمة التي ليست خمرا فقال هذا الشارح شرط الادمان في الخمر وهذه
الاشربة يعني الاشربة المحرمة لسقوط العدالة مع ان شرب الخمر كبيرة بلا قيد الادمان ولهذا لم يشترط الخصاف في شرب الخمر الادمان لكن نص عليه في
الاصل كما سمعت فما هو جوابه هو الجواب في تقييد المشايخ بكون النياحة للناس ثم هو نقل كلام المشايخ في توجيه اشتراط الادمان انه انما شرط ليظهر
عند الناس فان من اتهم بشربها سرا لا تسقط عدالته ولم ينفس فيه بكلمة واحدة فكذا الذي ناحت في بيتها لمصيبتها لا تسقط عدالتها لعدم اشتهار ذلك عند الناس
والنظر الى تعليل المصنف رح بعد ذكر الادمان بانه ارتكب محرم دينه مع ان ذلك ثابت بلا ادمان وانما اراد انه اذا ادمن حينئذ يظهر انه مرتكب محرم
دينه فترد شهادته بخلاف ما اذا لم يستمر تنوح للناس لظهوره حينئذ فيكون كالذي يظهر ويخرج سكران ويلعب به الصبيان في رد شهادته
وصرح بان الذي يتهم بشرب الخمر لا تسقط عدالته ومنهم من فسر الادمان بالنية وهو ان يشرب ومن نيته ان يشرب مرة اخرى
وهذا هو معنى الاصرار وانت تعلم انه سيذكر رد شهادة من يأتي بابا من ابواب الكبائر التي يتعلق بها الحد وشرب الخمر منها من غير
توقف على ان نيته ان يشرب الا ان النية امر مبطن لا تظهر للناس والمدارات التي يتعلق بوجودها حكم القاضي لا بد ان تكون ظاهرة
لا خفية لانها معرفة والخفي لا يعرف والظهور بالادمان الظاهر لا بالبينة نعم بالادمان الظاهر يعرف اصراره لكن بطلان
العدالة لا يتوقف في الكبائر على الاصرار بل ان يأتيها ويعلم ذلك وانما ذلك في الصغائر وقد اندرج فيما ذكرنا شرح ذلك اما من يلعب

قال ولا من يدخل الحمام من غير إزار لان كشف العورة حرام او ياكل الربوا او يقامر بالنرد والشطرنج لان كل ذلك من الكبائر وكذلك من تفوته الصلوة للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط في الاصل ان يكون اكل الربوا مشهورا به لان الانسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا

بالطيور فلانه يورث غفلة وبذا كانه بالخاصية المعروفة بالاستقراء وترد شهادة المغفل لعدم الامن من زيادته ونقصه ولانه يتوقف على عورات الناس لصعود سطحه ليطير طيره وهذا يقتضي منع صعود السطح مطلقا الا ان يراد ان ذلك يكثر منه لهذه الداعية فانها داعية كالحرب في اقتضاء المواظبة عليه كما في لعب الشطرنج فانه يشاهد فيه داعية عظيمة على المواظبة حتى انهم يستمرون النهار والليل لا يسأل عن الكل وتهرب بناس الظهر وجه على انه من دواعي الشيطان والاوجه ان اللعب بالطيور فعل مستخف به يوجب في الغالب اجتماعا مع اناس اراذل وصحبتهم وذلك مما يسقط العدالة هذا وفي تفسير الكبائر كلام فقيل هي السبع التي ذكرت في الحديث وهو الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وزاد بعضهم اكل الربوا واكل مال اليتيم وفي البخاري عنه عليه السلام اجتنبوا السبع الموبقات قالوا يا رسول الله صلى الله عليه وسلم وما هن فذكرها وفيها السحر واكل الربوا واكل مال اليتيم وفيه عنه الا انبئكم باكبر الكبائر قالوا بلى يا رسول الله قال الشرك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس فقال الا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يكررها الحديث وقد عد ايضا منها السرقة وورد في حديث من جمع بين صلاتين من غير عذر فقد اتى بابا من ابواب الكبائر وقيل الكبيرة ما فيه حد وقيل ما ثبت حرمته بنص القرآن وقيل ما كان حراما لعينه ونقل عن خواهر زاده انها ما كان حراما محضا مسمى في الشرع فاحشة كاللواطة او لم يسم بها لكن شرع عليها عقوبة محضة بنص قاطع اما في الدنيا بالحد كالسرقة والزنا او الوعيد بالنار في الآخرة كاكل مال اليتيم ولا تسقط عدالة شارب الخمر بنفس الشرب لان هذا الحد ما ثبت بنص قاطع الا اذا داوم على ذلك فان العدالة تزول بالاصرار على الصغائر فهذا اولى وهذا يخالف ما تقدم من عد شرب الخمر من الكبائر في نفس الحديث وذكره الاصحاب وفي الخلاصة بعد ان نقل القول بان الكبيرة ما فيه حد بنص الكتاب قال واصحابنا لم ياخذوا بذلك وانما بنوا على ثلثة بيان احدها ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله والثاني ان يكون فيه منابذة المروة والكرم وكل فعل يرفض المروة والكرم فهو كبيرة والثالث ان يصر على المعاصي والفجور ولا يخفى ما في هذا من عدم الانضباط وعدم الصحة ايضا وما في الفتاوى الصغرى العدل من يجتنب الكبائر كلها حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته وفي الصغائر العبرة للغلبة لتصير كبيرة حسن ونقله عن ادب القاضي لعصام وعليه المعول غير ان الحكم بزوال العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج الى الظهور ولذا شرط في شرب المحرم السكر الادمان والله سبحانه وتعالى اعلم ولا تقبل شهادة من يجلس مجالس الفجور والمجانة على الشرب وان لم يشرب لان اختلاطه بهم وتركه الامر بالمعروف تسقط عدالته وفي الذخيرة والمحيط وكذا الاعانة على المعاصي والحث عليها من جملة الكبائر **قوله** ولا من يدخل حمام بغير ازار لان كشف العورة حرام وفي الذخيرة اذا لم يعرف رجوعه عن ذلك واما ما ذكر الكرخي ان من يمشي في الطريق بسراويل ليس عليه غيره لا تقبل شهادته فليس للحرمة بل لانه يخل بالمروة **قوله** او ياكل الربوا الى قوله من فعل الافعال المستحقرة اما اكل الربوا فكثير اطلقوه وقيده بعضهم في الاصل بان يكون مشهورا به فقيل لان مطلقه لو اعتبر مانعا لم يقبل شاهد لان العقود الفاسدة كلها في معنى الربوا وقل من يباشر عقود البياعات ويسلم دائما منه وقيل لان الربوا ليس بحرام محض لانه يفيد الملك بالقبض كسائر البياعات الفاسدة وان كان عاصيا مع ذلك فكان ناقصا في كونه كبيرة والمانع في الحقيقة هو ما يكون دليلا على امكان ارتكاب شهادة الزور وشهادة الزور حرام محض فالدال عليها لا بد من كونه كذلك بخلاف اكل مال اليتيم ترد شهادته بمرة وقيل لانه اذا لم يشتهر به كان الواقع ليس الا تهمة اكل الربوا ولا تسقط العدالة به وهذا اقرب ومرجعه الى ما ذكر في وجه تقييد شرب الخمر بالادمان واما قوله ليس بحرام محض فلا تعويل عليه والدال على تجويز شهادة الزور يكفي كونه مرتكبا محظور دينه الا ترى الى ما قال ابو يوسف اذا كان الفاسق وجيها تقبل شهادته لبعده ان يشهد بالزور لوجاهته على ما تقدم ثم لم يرتض ذلك لانه مخالف لنص

قال ولا من يفعل الافعال المستحقرة كالبول على الطريق والاكل على الطريق لانه تارك المروءة واذا كان لا يستحيى عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم لا تقبل شها

الكتاب قوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا واما الاول فالربوا المخلص لعقد على الاموال الربوية فيه تفاضل ونسيئة بل اكثر ما كانوا عليه وقت آية الربا بسبب اقراضهم المقدار كالمائة وغيره باكثر منه الى اجل فان لم يقبضه فيه اربى عليه فتزيد الكية وهذا هو المتداول في غالب الازمان لا بيع درهم بدرهمين فربما لا يتفق ذلك اصلا ولا قليلا واما اكل مال اليتيم فانه يفيده احد ونصوا انه كبيرة وانت تعلم انه لابد من الظهور للقاضي لان الكلام فيما يرد به القاضي الشهادة فكانه كبيرة ليظهر لانه يحاسب فيعلم انه ينتقص من المال والحاصل ان الفسق في نفس الامر مانع شرعا غير ان القاضي لا يرتب ذلك الا بعد ظهوره له فالكل سواء في ذلك وكذا القول اذا علم انه يلعب بالنرد رد شهادته سواء قامر به او لم يقامر لما في حديث ابي داود من لعب بالنردشير فقد عصى الله ورسوله ولعبة الطاب في بلادنا مثله لانه يرمي ويطرح بلا حساب واعمال وفكر وكلما كان كذلك مما احدثه الشيطان وعمله اهل الغفلة فهو حرام سواء قومر به او لا فاما الشطرنج فقد اختلفوا في اباحته فعندنا لا يجوز وكذا عند الامام احمد لما روينا فانه قد قيل ان النردشير هو الشطرنج ولما سياتي في باب الكراهة ان شاء الله تعالى من قوله صلى الله عليه وسلم كل لهو المؤمن باطل الا الثلثة تاديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع اهله رواه ابو داود عن عقبة بن عامر عنه صلى الله عليه وسلم ليس من اللهو الا ثلث تاديب الرجل فرسه وملاعبته مع اهله ورميه بقوسه ونبله وعند الشافعي ومالك يباح مع الكراهة ان تجرد عن الحلف كاذبا والكذب عليه وتاخير صلوة عن وقتها والمقامرة فلما كان للاجتهاد فيه متجر وساغ لم تسقط العدالة به واما ما ذكر من ان من يلعب على الطريق ترد شهادته فلانه ياتي الامور المحقرة ولا تقبل شهادة اهل السعيدة والذي في ديارنا وكالانا اما سامحتوا وكذا اعني الذي ياكل منها ويتخذها مكسبة فاما من علمها ولم يعلها فلا ولا صاحب سيما على هذا **قوله** ولا من يفعل الافعال المستحقرة وفي بعض النسخ المستقبحة وفي بعضها المستخفة وان لم تكن في نفسها محرمة والمستخفة بفتح الخاء وكسرها التي يستخف الناس فاعلها او الخصلة التي تستخف الفاعل فيه ومنه ولا يليق به وعلى هذا المعنى قوله تعالى ولا يستخفنك الذين لا يوقنون وذلك كالاكل على قارعة الطريق يعني بمرأى الناس والبول عليها ومثله الذي يكشف عورته ليستنجي من جانب بركة والناس حضور وقد كثر ذلك في ديارنا من العامة وبعض من لا يستحيي من الطلبة والمشي بسراويل فقط ومد رجله عند الناس وكشف راسه في موضع يعد فعله خفة وسوء ادب وقلة مروءة وحياء لان من يكون كذلك لا يبعد منه ان يشهد بالزور وفي الحديث عنه عم ان مما ادرك الناس من كلام النبوة الاولى اذا لم تستحي فاصنع ما شئت وعن الكرخي لو ان شيخا صارع الاحداث في الجامع لم تقبل شهادته لانه سخيف واما اهل الصناعات الدنية كالكساح وهو الذي يسمى في عرف بلاد مصر قنواتي والزبال والحائك والحجام فقيل لا تقبل وبه قال الشافعي واحمد ووجهه بكثرة خلفهم الوعد وكذبهم ورايت اكثر خلف الوعد السكري والاصح تقبل لانها قد تولاها قوم صالحون فما لم يعلم القادح لا يبنى على ظاهر الصناعة ومثله النخاسون والدلالون فانهم يكذبون كثيرا زيادة على غير تمام مع حلفهم فلا يقبل الا من علم عدالته منهم وقيل لا تقبل شهادة بائع الاكفان قال شمس الائمة هذا اذا ترصد لذلك العمل فاما اذا كان يبيع الثياب ويشتري منه الاكفان فيقبل لعدم تمنيه الموت للناس ام الطاعون وقيل لا تقبل شهادة الصكاكين لانهم يكتبون هذا ما اشترى او باع او اجر او قبض المبيع قبل وقوعه فيكون كذبا ولا فرق في الكذب بين القول والكتابة والصحيح تقبل اذا كان غالب حالهم الصلاح فانهم غالبا انما يكتبون بعد صدور العقد وقبل صدوره يكتبون على المجاز تنزيلا له منزلة الواقع يستغنون عن الكتابة اذا صدر المعنى بعدها ورد بعض العلماء شهادة القروي والاعرابي وعامة العلماء تقبل الا مانع غيره ولا تقبل شهادة الطفيلي والرقاص والمجازف في كلامه والمسخرة وفي الحديث ويل للذي يحدث فيكذب كي يضحك منه الناس ويل له ويل بلا خلاف وقال نصير بن يحيى من يشتم اهله ومماليكه كثيرا في كل ساعة لا تقبل وان كان احيانا تقبل وكذا الشتام للحيوان كدابته واما في ديارنا فكثير

من يظهر سب السلف لظهور فسقه بخلاف من يكتمه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما اوقعه فيه الا تدينه فصار كمن يشرب المثلث او ياكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي اما الخطابية فهم قوم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكنت التهمة في شهادتهم لظهور فسقهم

قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد ولنا ان النبي عليه السلام اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من اهل الولاية على نفسه وعلى اولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور الاديان كلها بخلاف المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول

يشتمون بائع الدابة فيقولون قطع الله يمين بائعها الا من يحلف في كلامه كثيرا او نحوه وحكي ان الفضل بن الربيع شهد عند ابي يوسف فرد شهادته فشكاه الى الخليفة فقال الخليفة ان وزيري رجل دين لا يشهد بالزور فلم رددت شهادته قال لاني سمعته يوما قال للخليفة انا عبدك فان كان صادقا فلا شهادة للعبد وان كان كاذبا فكذلك فعذره الخليفة والذي عندي ان رد ابي يوسف رحمه الله شهادته ليس لكذبه لان قول الحر لغيره انا عبدك انما هو مجاز باعتبار معنى القيام بخدمتك وكوني تحت امرك ممتثلا له على اهانة نفسي في ذلك والتكلم بالمجاز على اعتبار الجامع ووجه الشبه ليس كذبا محظورا شرعا ولذا وقع المجاز في القرآن ولكن رده لما يدل عليه خصوص هذا المجاز من اذلال نفسه وتملقه لاجل الدنيا فربما يغير هذا الكلام فاقبل الخليفة فعدل الى الاعتذار بامر يقرب من خاطره والحاصل ان ترك المروة مسقط للعدالة وقيل في تعريف المروة ان لا ياتي الانسان ما يعتذر منه مما يبخسه عن مرتبته عند اهل الفضل وقيل السمت الحسن وحفظ اللسان وتجنب السخف والمجون والارتفاع عن كل خلق دني والسخف رقة العقل من قولهم ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل وعن ابي حنيفة رحمه الله لا تقبل شهادة البخيل وقال مالك ان فرط لانه يؤديه الى منع الحقوق **قوله** ولا من يظهر سب السلف كالصحابة والتابعين ومنهم ابو حنيفة رحمه الله وكذا العلماء ونص ابو يوسف رحمه الله على عدم قبوله قال لانه اذا اظهر سب واحد من المسلمين سقط عدالته فاذا اظهر في واحد من الصحابة فكيف يكون مقبولا وقيد بالاظهار لانه لو اعتقده ولم يظهره فهو على عدالته تقبل شهادته وكذا قال ابو يوسف من رواية ابن سماعة لا اقبل شهادة من يشتم اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم واقبل شهادة من يتبرأ منهم لان اظهار الشتيمة مجونة وسفه لا ياتي به الا الاوضاع والاسقاط وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك المتبري لانه يعتقده ديانة ضياعا عن الله وان كان على باطل فالحاصل انه من اهل الاهواء وشهادة اهل الاهواء جائزة **قوله** وتقبل شهادة اهل الاهواء كلهم من المعتزلة والقدرية والخوارج وسائرهم تقبل شهادتهم على مثلهم وعلى اهل السنة الا الخطابية وهم صنف من الروافض لا لخصوص بدعتهم وهواهم بل لتهمة الكذب انما لا تقبل عنهم انهم يشهدون لمن حلف لهم انه محق او يرون وجوب الشهادة لمن كان على رايهم وهو الذي ذكره المصنف فيمتنع قبول شهادتهم لشيعتهم كذلك ولغير شيعتهم للامر الاول وما نقله المصنف عن الشافعي هو قول مالك وابي حامد من الشافعية واما قول الشافعي فكقولنا بلا اختلاف وجه قول مالك رحمه الله ان البدعة في الاعتقاد من اعظم الفسوق فوجب رد شهادته بالآية ولنا ان صاحب الهوى مسلم غير متهم بالكذب لتدينه بتحريمه حتى ان بعضهم يكفر به كالخوارج فهو ابعد من التهمة واما الآية فانها مخصوصة بالفسق من حيث الاعتقاد مع الاسلام فكان المراد منها الفسق الفعلي ولذا قال محمد تقبل شهادة الخوارج اذا اعتقدوا ولم يقاتلوا فاذا قاتلوا ردت شهادتهم لاظهار الفسق بالفعل والدليل على التخصيص اتفاقنا على قبول روايتهم للحديث وفي صحيح البخاري كثير منهم مع اعتماد الغلو في الصحة مع ان قبول الرواية ايضا مشروطة بعدم الفسق ظاهرا ومعنى ويجب ان من رد شهادة الفاسق لتهمة الكذب وذلك منتف فيهم والخطابية نسبة الى ابي الخطاب وهو محمد بن ابي وهب الاجدع وقيل محمد بن ابي زينب الاسدي الاجدع وخرج ابو الخطاب بالكوفة وحارب عيسى بن موسى بن علي بن عبد الله بن عباس رضي الله عنه واظهر الدعوة الى جعفر فتبرأ منه جعفر ودعا عليه فقتل هو واصحابه قتله وصلبه عيسى بالكناس **قوله** وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض قيد به ليخرج شهادتهم على المسلم فيدخل في اللفظ شهادة اهل ملة منهم على اهل ملة اخرى حتى نص عليه بقوله وان اختلفت مللهم احترز به من قول ابن ابي ليلى وابي عبيد انها لا تقبل مع اختلاف الملة كشهادة اليهودي على النصراني وعكسه وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا تقبل اصلا لانه فاسق قال تعالى والكافرون هم الظالمون ووقع في كثير من نسخ الهداية والكافرون هم الفاسقون وفي الدراية النسخة المصححة بتصحيح شيخي قال تعالى الكافرين هم الفاسقون اذ الذي في القرآن والكافرون هم الظالمون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادتهم على المسلم كالمرتد

قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به والله اعلم المستأمن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من اهل دارنا وهو اعلى حالا منه وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة فان كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا بخلاف المستأمن

هذه الكتاب مع قوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وقال ممن ترضون من الشهداء والكافر ليس بعدل ولا مرضي ولا معنى لانا لو قبلنا شهادتهم لاوجبنا القضاء على القاضي بشهادتهم ولا يلزم على المسلم شيء بقوله قال ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض قال الامام المخرج غريب وهو غير مطابق للمدعى وهو ان شهادة بعضهم على بعض جائزة وان اختلفت مللهم ولو قال اهل الكتاب عوض النصارى وافق وكذا اخرجه ابن ماجه عن مجالد عن الشعبي عن جابر بن عبد الله ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة اهل الكتاب بعضهم على بعض ومجالد فيه مقال ثم قال شيخنا علاء الدين ويوجد في بعض نسخ الهداية اليهود عوض النصارى وذكر ما رواه ابو داود بهذا الاسناد جاءت اليهود برجل وامرأة منهم زنيا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ائتوني باعلم رجلين منكم فاتوه بابني صوريا فنشدهما الله كيف تجدان امر هذين في التوراة قالا نجد فيها اذا شهد اربعة منهم انهم رأوا ذكره في فرجها كالميل في المكحلة رجما قال فما يمنعكما ان ترجموهما قالا ذهب سلطاننا فكرهنا القتل فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم باليهود فجاءوا اربعة فشهدوا انهم رأوا ذكره في فرجها كالميل في المكحلة فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجمهما قال كذا وجدته في نسخة علاء الدين بخط يده وهو تصحيف وانما هو فدعا بالشهود كشفته من عشرين نسخة وكذا رواه اسحاق بن راهويه وابو يعلى الموصلي والبزار في مسانيدهم والدارقطني كلهم قالوا فدعا بالشهود وقال في التنقيح قوله في الحديث فدعا بالشهود فشهدوا زيادة في الحديث تفرد بها مجالد ولا يحتج بما تفرد به انتهى كلامه لكن الطحاوي اسنده الى عامر الشعبي عن جابر وفيه انه صلى الله عليه وسلم قال ائتوني باربعة منكم يشهدون ثم قول القائل لا يقبل ما تفرد به مجالد يجري فيه ما ذكرنا من ان الراوي الضعيف اذا قامت دلالة على صحة ما رواه حكم به لارتفاع وهم الغلط ولا شك ان رجمه عم كان بناء على ما سأل من حكم التوراة فيهما واجيب بان من حكمها الرجم بشهادة اربعة اذ هو يوافق ما انزل اليه فلا بد من كونه بنى على شهادة اربعة في نفس الامر منهم وان لم يذكر في الرواية المشهورة لان القضية كانت فيما بينهم وهو حق صحا لهم واما كونهم فهذه دلالة على ان مجالدا لم يغلط في هذه الزيادة وانت علمت في مسألة اهل الاهواء ان طرد الآية فسق الافعال لانه الذي يتهم صاحبه بالكذب لا الاعتقاد الا ان شهادتهم على المسلمين نسخت بقوله ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فبقيت شهادتهم على بعضهم بعضا ثم استدل المصنف وهو ان الذمي من اهل الولاية على جنسه بدليل ولايته على اولاده الصغار ومماليكه فجازت شهادته على جنسه بخلاف المرتد المقيس عليه لهم اذ لا ولاية له اصلا فلا شهادة له ولانه يتقول على المسلم لغيظه بقهره فكان متهما فيه بخلاف اهل ملة على اهل ملة اخرى لان عداوة ليس احدهم تحت قهر الآخر فلا حامل على التقول عليه ولا يخفى ما فيه اذ مجرد العداوة مانع من القبول كما في مسلم يعادي مسلما ثم في هذا المعنى حديث مضعف لعمر بن راشد رواه الدارقطني وابن عدي من حديث ابي هريرة رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز شهادة ملة على ملة اخرى الا امة محمد مصطفى صلى الله عليه وسلم فانها تجوز على ملة غيرهم وايضا فقول الراوي اجاز شهادة اهل الكتاب بعضهم على بعض يحتمل ان يكون حكاية واقعة حال شهد فيها بعض اليهود على بعض او بعض النصارى على بعض فلا عموم لها ويحتمل انه حكاية تشريع قولي فيعم شهادة الملتين ملة على ملة فلا يحكم باحدهما عينا غير ان في هذه خلافا في الاصول ورجح النافي وهي مسألة قول الراوي مثل قضى بالشفعة **قوله** ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به المستأمن لانه لا يتصور غيره فان الحربي لو دخل بلا امان قهرا استرق ولا شهادة للعبد على احد وذلك لان الذمي اعلى من المستأمن لانه قبل خلف الاسلام وهو الجزية فهو اقرب الى الاسلام منه ولهذا يقتل المسلم بالذمي عندنا لا بالمستأمن وقوله بخلاف الذمي متصل بقوله فان كانوا من دارين يعني تقبل شهادة الذمي على المستأمن وان كانا من اهل دارين مختلفين لان الذمي بعقد الذمة صار كالمسلم وشهادة المسلم تقبل على المستأمن فكذا الذمي وانما لا يجري التوارث بين الذمي والمستأمن لان المستأمن

وان كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان الم بمعصية هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة اذ لا بد له من توقي الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الالمام بمعصية لا ينقدح به العدالة المشروطة فلا ترد به الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح احياء للحقوق **قال** وتقبل شهادة الاقلف لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلا **قال** والخصي لان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده **قال** وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم وقال مالك رحمه الله لا تقبل في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل **قال** وشهادة الخنثى جائزة لانه رجل او امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص **قال** وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن ابي يوسف رحمه الله في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة

من اهل ديارنا فيما يرجع الى المعاملات والشهادة منها ومن اهل دار الحرب في الارث والمال **قوله** واذا كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته هذا هو المعنى المروي عن ابي يوسف في حد العدالة وهو احسن ما قيل وفيه قصور حيث لم يتعرض للمروءة بل اقتصر على ما يتعلق بالمعاصي والمروي عن ابي يوسف هو قوله ان لا يأتي بكبيرة ولا يصر على صغيرة ويكون ستره اكثر من هتكه وصوابه اكثر من خطائه ومروته ظاهرة ويستعمل الصدق ويجتنب الكذب ديانة ومروة هكذا نقله القاضي ابو حازم حين سأله عبيد الله بن سليمان وزير المعتضد عن العدالة فقال له احسن ما نقل في هذا الباب ما روي عن ابي يوسف يعقوب بن ابراهيم الانصاري القاضي ثم ذكر ذلك فكان ينبغي الى قوله ومروته ظاهرة وقول المصنف واما الالمام بمعصية فلا تنقدح به العدالة يريد الصغيرة ولفظ الالمام والمشتهر في الصغيرة ومنه قول ابي خراش وهو يسعى بين الصفا والمروة ان تغفر اللهم تغفر جما واي عبد لك لا الما بهذا ورواه الترمذي عنه بسنده ونسبه الخطابي الى امية ونسبة صاحب التيسير اياه الى النبي صلى الله عليه وسلم غلط ولا بأس بذكر افراد نص عليها منها ترك الصلوة بالجماعة بعد كون الامام لا طعن عليه في دين ولا حال ان كان متأولا في تركها كأن يكون معتقدا فضيلة اول الوقت والامام يؤخر الصلوة او غير ذلك لا تسقط عدالته بالترك وكذا ترك الجمعة لغير عذر ثم منهم من اسقطها بمرة واحدة كالحلواني ومنهم من شرط ثلاث مرات كالسرخسي والاول اوجه وذكر الاسبيجابي من اكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الاكثر ولا بد من كونه غير ارادة التقوي على صوم الغد او مؤانسة الضيف وكذا من خرج لرؤية السلطان والامير عند قدومه وشهادة شيخ صالح لمحاسبة انه في النفقة في طريق مكة كانه رأى منه تضييقا ومشاحة تشهد بالبخل وذكر الخصاف ان ركوب البحر للتجارة او التفرج يسقط العدالة وكذا التجارة الى ارض الكفر وقرى فارس ونحوها لانه مخاطر بدينه ونفسه لنيل المال فلا يؤمن ان يكذب لاجل المال وترد شهادة من لم يحج اذا كان موسرا على قول من يراه على الفور وكذا من لم يؤد زكوته وبه اخذ الفقيه ابو الليث وكل من شهد على اقرار باطل وكذا على فعل باطل مثل ما يأخذ سوق النخاسين مقاطعة واشهد على وثيقته بالشهود قال المشايخ ان شهدوا حل لهم اللعن لانه شهادة على باطل فكيف هؤلاء الذين يشهدون عند مباشري السلطان على ضمان الجهات والاجارات المضادة وعلى المحبوسين عندهم والذين في ترسيمهم **قوله** وتقبل شهادة الاقلف نص عليه الخصاف قال وتجوز صلوته وامامته الا اذا تركه على وجه الرغبة عن السنة الا خوفا من الهلاك وكل من يراه واجبا تبطل به شهادته وعندنا هو سنة لما روي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الختان للرجال سنة وللنساء مكرمة وما عن ابن عباس رضه انه لا تقبل شهادته ولا تقبل صلاته ولا تؤكل ذبيحته انما اراد به المجوسي الا ترى الى قوله ولا تؤكل ذبيحته **قوله** والخصي اذا كان عدلا ولا مانع لان حاصل امره انه مظلوم نعم لو كان ارتضاه لنفسه وفعله مختارا منع وقد قبل عمر شهادة علقمة الخصي على قدامة بن مظعون رواه ابن ابي شيبة بسنده ورواه ابو نعيم في الحلية ثنا اسمعيل بن مسلم عن ابي المتوكل ان الجارود شهد على قدامة انه شرب الخمر فقال له عمر هل معك شاهد آخر قال لا فقال عمر يا جارود ما اراك الا مجلودا قال ليشرب ختنك الخمر وتجلدنا فقال علقمة الخصي لعمر اتجوز شهادة الخصي قال وما بال الخصي لا تقبل شهادته قال فاني اشهد اني رأيته يتقيأها فقال عمر ما قاءها حتى شربها فاقامه ثم جلده واخرجه عبد الرزاق مطولا **قوله** وولد الزنا اي تقبل شهادته في الزنا وغيره ولا تزر وازرة وزر اخرى وعن مالك لا تقبل في الزنا وهو ظاهر في الكتاب شهادة الخنثى المشكل جائزة اذا شهد مع رجل وامرأة فلو شهد مع رجل واحد او امرأة واحدة لا تقبل الا اذا زال الاشكال بظهور الحكم بانه رجل او امرأة فيعمل بمقتضاه **قوله** وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان لان العمل نفسه ليس بفسق لانه معين للخليفة على اقامة الحق وجباية المال الواجب ولو كان فسقا لم يله ابو هريرة وابو موسى الاشعري لعمر وكثير وهذا احسن مما قيل ولو كان فسقا لم يله ابو بكر وعمر وعثمان لان هؤلاء خلفاء والعمال في العرف من يوليهم الخليفة عمالا فيكون نائبه فيه وكان الغالب فيهم العدالة في ذلك الزمان فتقبل ما لم يظهر ويشيع عنه الظلم كالحجاج

قال واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي ذلك فهو جائز استحسانا وان انكر الوصي لم يجز وفي القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك او غريمان لهما على الميت دين او للميت عليهما دين او شهد الوصيان انه اوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروف فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا ان يثبت بها شيء فصار كالقرعة والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا انكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي فتكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا لانهما يقران على انفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما وان شهدا ان اباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل او انكر لم تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة **قال** ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك الستر والستر واجب والاشاعة حرام وانما يرخص ضرورة احياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم الا اذا شهدوا على اقرار المدعي بذلك لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم

وقيل اراد ما روي عن ابي يوسف في الفاسق الوجيه وعلمت ما فيه ورده شهادة الوزير لقوله للخليفة انا عبدك يبعد هذه الرواية وقيل اراد بالعمال الذين يعملون ويؤاجرون انفسهم للعمل لان من الناس من رد شهادة اهل الصناعات الخسيسة فافرد هذه المسئلة لاظهار مخالفتهم وكيف لا وكسبهم اطيب و ذكر الصدر الشهيد ان شهادة الرئيس لا تقبل وكذا الجابي والصراف الذي يجمع عنده الدراهم ويأخذها طوعا لا تقبل وقدمنا عن البزدوي ان القائم بتوزيع هذه النوائب السلطانية والجبايات بالعدل بين المسلمين مأجور وان كان اصله ظلما فعلى هذا تقبل شهادته والمراد بالرئيس رئيس القرية وهو المسمى في بلادنا شيخ البلد ومثله المعرفون في المراكب والعرفاء في جميع الاصناف وضمان الجهات في بلادنا لانهم كلهم اعوان على الظلم **قوله** واذا شهد الرجلان صورتها رجل ادعى انه وصي فلان الميت فشهد بذلك اثنان موصى لهما بالمال او وارثان او غريمان لهما على الميت دين او للميت عليهما دين او وصيان فالشهادة جائزة استحسانا والقياس ان لا تجوز لان شهادة هؤلاء تتضمن جلب نفع للشاهد اما الوارثان فقصدهما نصب من يتصرف لهما وترويجها ويقوم باحياء حقوقهما والغريمان الدائنان والموصى لهما يجدان من يستوفيان منه والمديونان يجدان من يبرآن بالدفع اليه والوصيان من يعينهما في التصرف في المال والمطالبة وكل شهادة جرت نفعا لا تقبل وجه الاستحسان انا لم نوجب بهذه الشهادة على القاضي شيئا لم يكن واجبا عليه بل انما اعتبرناها على وزان القرعة لا تثبت بها شيء ويجوز استعمالها لفائدة غير الاثبات كما جاز استعمالها لتطييب القلب في السفر باحدى نسائه لدفع التهمة عن القاضي في تعيين الانصباء فكذا بهذه الشهادة في هذه الصورة وانما اعتبرناها لفائدة اسقاط تعيين الوصي عن القاضي فان للقاضي اذا ثبت الموت ولا وصي نصب الوصي وكذا اذا كان للميت وصي وادعى العجز وهذه الصور من ذلك فان الشهادة لم تثبت شيئا وثبت الموت فللقاضي او عليه ان ينصب وصيا فلما شهدوا لايصاء هذا الرجل فقد رضوه واعترفوا له بالاهلية الصالحة لذلك فكفى القاضي بذلك مؤنة التفتيش على الصالح وعين هذا الرجل بتلك الولاية لا بولاية اوجبتها الشهادة المذكورة وكذلك وصيا الميت لما شهدا بالثالث فقد اعترفا بالعجز شرعي منهما عن التصرف الا ان يكون هو معهما او بعجز عاملة الميت منهما حتى ادخل معهما فيه نصب القاضي الآخر وفي الصور كلها ثبوت الموت شرط لان القاضي لا يملك نصب وصي قبل الموت الا في شهادة الغريمين المديونين فانه لا يشترط في اثبات ذلك الموصي الذي شهدا له ثبوت الموت بانهما مقران على انفسهما بثبوت حق قبض الدين لهذا الرجل فضررهما في ذلك اكثر من نفعهما فتقبل شهادتهما بالوصية والموت جميعا وهذا بخلاف ما لو شهدا ان اباهما الغائب وكل هذا الرجل بقبض ديونه وهو يدعي الوكالة لا تقبل لانه ليس للقاضي ولاية نصب الوكيل عن الغائب فلو اثبت القاضي وكالته لكان مثبتا لها بهذه الشهادة وهي لا تقبل لتمكن التهمة فيها على ما عرف واذا تحققت ما ذكرنا ان عدم قبول هذه ثابت قياسا واستحسانا اذ ظهر انه لم يثبت بها شيء وانما ثبت عندها نصب القاضي وصيا اختاره وليس هنا موضع غير هذا يرجع اليه القياس مع الاستحسان لو اعتبر في نفس ايصاء القاضي اليه فالقياس لا يأباه فلا وجه لجعل المشايخ فيها قياسا واستحسانا والمنقول عن اصحاب المذهب في الجامع الصغير ليس الا محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رح في شاهدين شهدا لرجل ان اباهما اوصى اليه قال جائز ان ادعى ذلك وان انكر لم تجز شهادتهما وان شهدا ان اباهما وكله بقبض ديونه بالكوفة كان باطلا في ذلك كله لان القاضي لا يقدر على نصب وكيل عن الغائب فلو نصبه كان عن هذه الشهادة وهي ليست بموجبة

فرع لا تقبل شهادة الوصي للصبي بعد العزل ولو شهد للورثة الكبار تقبل وان كان في حال الوصاية **قوله** ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم به قيل قوله ولا يحكم به تكرار اجيب بجواز ان لا تسمع البينة ويحكم بعلمه فلم يلزم من عدم السماع عدم الحكم فنص على نفي الامرين والمراد الجرح المجرد عن حق الشرع او العبد فان كان متضمنا احدهما سمعت الشهادة وحكم بها وذلك بان يشهدوا ان الشهود فسقة او زناة او آكلة الربوا او شربة الخمر او على اقرارهم انهم شهدوا بالزور او انهم رجعوا عن الشهادة

قال ولو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود لم تقبل لانه شهادة على جرح مجرد والاستيجار وان كان امرا زائدا عليه فلا خصم في اثباته لان المدعى عليه في ذلك اجنبي عنه حتى لو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا اقامها على اني صالحت هؤلاء الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ولهذا قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او قاذف او شريك المدعي تقبل

او على اقرارهم انهم اجراء في هذه الشهادة او اقرارهم ان المدعي مبطل في هذه الدعوى او اقرارهم ان لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة ففي هذه الوجوه لا تقبل الثلاثة اوجه اصحها الوجهان اللذان ذكرهما المطرزي احدهما ان الشهادة انما تقبل للحكم فلا بد من كون المشهود به مما يدخل تحت الحكم والفسق لا يدخل تحت الحكم لانه لا الزام فيه وليس في وسع القاضي الزام الفسق لانه يتمكن من دفعه في الحال بالتوبة الثاني ان المجرد بهذه الشهادة يفسق الشهود فلا تقبل شهادته وهذا لان فيه اشاعة الفاحشة وهو متوعد عليه قال تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين امنوا لهم عذاب اليم فان قيل ليس المقصود اشاعة الفاحشة بل دفع الضرر عن المشهود عليه اجيب بان دفعه يتحقق في افادة القاضي على وجه الاشاعة بان يشهد في مجلس القضاء المشتمل على ملأ من الناس ان يخبر القاضي سرا فيتفرع على هذه الصور التي ذكرناها ومنها ما لو اقام رجل الحق المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود لهذا الاداء لانه على جرح مجرد قال قيل الاستيجار امر زائد على مجرد الجرح اجاب المصنف عنه بقوله والاستيجار وان كان امرا زائدا فلا خصم في اثباته لان المدعى عليه ليس نائبا عن المدعي في اثبات حقه هذا بل اجنبي عنه واورد انه ينبغي ان تقبل هذه الشهادة بجميع ما ذكرنا من وجوه الفسق من وجه آخر وهو ان يجعلوا مزكين لشهود المدعي فيخبرون بالواقع من الجرح فيعارض تعديلهم واذا تعارض الجرح والتعديل قدم الجرح اجيب بان المعمول في زماننا تخبير القاضي سرا اتقاء من اشاعة الفاحشة والتعادي واما الرجوع عن الشهادة فلانه لا يسمع الا عند القاضي وقول الشاهد لا شهادة عندي لشك او ظن عرض بعد ما سمعت فلا تقبل واما لو كان الجرح غير مجرد بل يتضمن اثبات حق العبد او الله سبحانه بان يشهدوا ان المدعي استاجرهم بعشرة واعطاهم اياها من مال الذي كان في يده او اني صالحتهم على كذا ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا وقد شهدوا وانا اطالبهم بهذا المال الذي وصل اليهم تقبل بخلاف ما لو قال صالحتهم على كذا الخ لكن لم ادفع اليهم المال لا تقبل لانه جرح مجرد وكذا اذا شهدوا ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شرب الخمر او سرق مني او زنى او شريك المدعي فيما ادعى به من المال او شهدوا على اقرارهم بانهم لم يحضروا ذلك المجلس الذي كان فيه هذا الامر قبلت او على اقرار المدعي انهم فسقة ونحو ذلك من اقراره بما يبطل شهادتهم كاقرار المدعي انه استاجرهم تقبل في ذلك كله لان منه ما تضمن حقا للعبد وهو ضعفه ظاهرة وفي ضمنه يثبت الجرح ومنه الشهادة برقهم فان الرق حق العبد ومنه ما تضمن حقا للشرع من حد كالشهادة بفسقهم وشربهم وزناهم او غير حد كالشهادة بانهم محدودون فانها قامت على اثبات قضاء القاضي وقضاؤه اقامة حق الشرع ومنه ما هو مبطل لشهادتهم ولم يتضمن اشاعة فاحشة فتقبل ومنه شهادتهم انهم شركاء المشهود له ليس فيها اظهار الفاحشة فيقبل تفسير الشركة كالمعاينة والمراد انه شريك المفاوضة فهما حصل من هذا الباطل يكون له فيه منفعة الا ان يراد انه شريك في المدعى به والا ان اقرار بان المدعى به لهما وكذا كل ما يشهدون به على اقرار المدعي بما ينسب الى شهوده من فسقهم ونحوه ليس فيه اشاعة منهم بل اخبار من اخبار المدعي عنهم بذلك فيصح كما لو سمع منه ذلك وذلك منه اعتراف ببطلان حقه والانسان مؤاخذ بزعمه في حق نفسه وكذا الاشاعة في شهادتهم انهم محدودون انما هي منسوبة الى قضاء القاضي او شهادة القذف هذا وقد نص الخصاف في الجرح المجرد انها تقبل الشهادة به وقيل في وجه انه يسقط العدالة فتقبل كالرق وانت سمعت الفرق واول جماعة قول الخصاف بحمله على شهادتهم في اقرار المدعي بذلك او انه يجعل كشاهد زكوة لنفسه وجرحه لغيره وقد تقدم في هذا ما يمنعه ثم قد وقع في عدم صور عدم القبول ان يشهدوا بانهم فسقة او زناة او شربة الخمر وفي صور القبول ان يشهدوا بانه شرب او زنى لانه ليس جرحا مجردا لتضمنه دعوى حق الله تعالى وهو الحد ويحتاج الى جمع وتأويل

قال ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي فان كان عدلا جازت شهادته ومعنى قوله اوهمت اي اخطأت بنسيان ما كان يحق علي ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فتقبل اذا تداركه في اوانه وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود او في بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا باس باعادة الكلام مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرنا

قوله ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي اي اخطأت بنسيان عراني بزيادة باطلة بان كان شهد بالف فقال انما هي خمسمائة او بنقص بان شهد بخمسمائة فقال اوهمت انما هي الف جازت شهادته اذا كان عدلا ثابت العدالة عند القاضي الا فيسأل عنه فيعدل ووجهه ان الشاهد قد يبتلى به لمهابة مجلس القضاء اذ الطبع البشري النسيان وعدالته مع عدم التهمة توجب قبول قوله ذلك بخلاف ما اذا غاب ثم رجع فقال ذلك لتمكن تهمة استغواء المدعي في الزيادة والمدعى عليه بالنقص في المال فلا تقبل وعلى هذا اذا غلط في بعض الحدود بان ذكر الشرقي مكان الغربي ونحوه او في بعض النسب بان قال محمد بن احمد بن عمر مكان محمد بن علي بن عمر ثم تداركه في المجلس قبل وبعده لا واذا جازت ولم ترد فبماذا يقضى قيل بجميع ما شهد به لان ما شهد به صار حقا للمدعي على المدعى عليه فلا يبطل حقه بقوله اوهمت ولا بد من تقييده بان يكون المدعي يدعي الزيادة فانه لو شهد له بالف فقال الشاهد بل الف وخمسمائة لا يدعي الا الالف وخمسمائة وصورة الزيادة على تقدير الدعوى ان يدعي الفا وخمسمائة فشهد بالف ثم يقول اوهمت انما هو الف وخمسمائة لا ترد شهادته لكن هل يقضى بالف او بالف وخمسمائة قيل يقضى بالكل وقيل بما بقي فقط وهو الالف حتى لو شهد بالف ثم قال غلطت بخمسمائة زيادة وانما هو خمسمائة يقضى خمسمائة فقط لان ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء يجعل كحدوثه عند الشهادة وهو لو شهد بخمسمائة لم يقض بالف كذا اذا غلط واليه مال شمس الائمة السرخسي فعلى هذا قوله في جواب المسئلة جازت شهادته اي لا ترد ولكن لا يقضى الا كما قلنا سواء كان وهمه ذلك قبل القضاء او بعده وروى الحسن عن ابي حنيفة اذا شهد شاهدان لرجل بشهادة ثم زادا فيها قبل القضاء او بعده وقالا وهمنا وهما غير متهمين قبل منهما وظاهر هذا انه يقضى بالكل وعن ابي يوسف رح رجل شهد ثم جاء بعد يوم وقال شككت في كذا وكذا فان كان القاضي يعرفه بالصلاح تقبل شهادته فيما بقي وان لم يعرفه بالصلاح فهذه تهمة وعن محمد اذا شهدوا بالدار للمدعي وقضى القاضي بشهادتهم ثم قالوا لا ندري لمن البناء فاني لا اضمنهم قيمة البناء ولو قالوا اسكتنا في شهادتنا وان قالوا ليس البناء للمدعي ضمنوا قيمة البناء للمشهود عليه فعلم بهذا ان الشهود لا يختلف الحكم من قولهم سكتنا قبل القضاء وبعده في انه تقبل اذا كانوا عدولا بخلاف ما اذا لم تكن موضع شبهة وهو ما اذا ترك لفظة الشهادة او الاشارة الى المدعى عليه او المدعي وهم احد جانبه وان جاء بعد المجلس يكون قبل القضاء لان القضاء لا يتصور بلا شرطه وهو لفظة الشهادة والتسمية ولو قضى لا يكون القضاء قضاء **فروع** من الخلاصة وقف ضيعة على مكتب وعلى معلمه فغصب فشهد رجل من اهل القرية انه وقف فلان على مكتب كذا وليس للشهود اولاد في المكتب قبلت فان كان لهم فيه اولاد فالاصح انه يجوز ايضا وكذا لو شهد اهل المحلة للمسجد بشيء وكذا شهادة الفقهاء على ضيعة وقف على مدرسة كذا وهم من اهلها تقبل وكذا اذا شهدوا ان هذا المصحف وقف على هذا المسجد ولو شهد انه اوصى لفقراء جيرانه و للشهود اولاد محتاجون في جوار الموصي قال محمد لا تقبل للابن وتقبل للباقين وفي الوقف على فقراء جيرانه كذلك في وقف هلال قال وتقبل شهادة الجيران على الوقف وكذا ذكر الخصاف في اوقافه فيمن شهد على انه جعلها صدقة موقوفة على فقراء جيرانه او على فقراء المسلمين وهم من فقراء الجيران قال تجوز الشهادة لان فقراء الجيران ليسوا قوما مخصوصين الا يرى انما النظر الى فقراء الجيران يوم تقسم الغلة فمن انتقل منهم من جواره لم يكن له في الغلة حق الا ترى الى رجلين فقيرين من اهل الكوفة لو شهدا انه جعل ارضه صدقة موقوفة على فقراء اهل الكوفة ان الشهادة جائزة فان الوقف ليس لهما باعيانهما خاصة الا ترى ان لولي الوقف ان يعطي الغلة غيرهما من فقراء الكوفة كان جائزا وكذلك كل شهادة لا تكون خاصة انما هي عامة مثل اهل بغداد واهل البصرة ونحو ذلك فان الشهادة جائزة وذكر قبل هذا باسطر ان شهدا انه جعلها صدقة موقوفة على جيرانه وهما جيرانه شهادتهما

باب الاختلاف في الشهادة

قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل

باطلة وكان الفرق تعينهما في هذه الصورة اذ لا جيران له سواهما بخلاف تلك الصورة ولو شهدوا انه اوصى بثلثه للفقراء واهل بيته فقراء لا تقبل ولو شهد بعض اهل القرية على بعض اهل القرية بزيادة الخراج لا تقبل وان كان خراج كل ارض معينا او لا خراج للشاهد تقبل وكذا اهل قرية شهدوا على ضيعة انها من قريتهم لا تقبل وكذا اهل سكة يشهدون بشيء من مصالح السكة ان كانت السكة غير نافذة لا تقبل وفي النافذة ان طلب حقا لنفسه لا تقبل وان قال لا آخذ شيئا تقبل وهكذا في قوله لمدرسة هذا وفي فتاوى النسفي وقيل لو كانت السكة نافذة مطلقا وفي الاجناس في الشهادة على الوصية للفقراء واهل بيت الشاهد فقراء لا تقبل لهما ولو شهدا انه اوصى بثلثه لفقراء بني تميم وهما من بني تميم وهما فقيران الشهادة جائزة ولا يعطيان منه شيئا ومنه لو شهدا انه جعل ارضه صدقة لله تعالى على فقراء قرابته وهما من قرابته وهما غنيان يوم شهدا او فقيران لم تجز شهادتهما ووضع هذه الخصاف فيما اذا شهدا انه جعلها صدقة موقوفة على اهل بيته وهما من اهل بيته فهي باطلة قال وكذا اذا شهدوا على فقراء اهل بيته ومن بعدهم على المساكين ويوم شهدا هما غنيان قال شهادتهما باطلة لانهما ان افتقرا ثبت الوقت لهما بشهادتهما وكل شهادة تجر نفعا للشاهد او لابويه والولاده او زوجته لا تجوز ❊❊

باب الاختلاف في الشهادة الاختلاف في الشهادة خلاف الاصل بل الاصل الاتفاق لان الاصل فيما يتفرع من جهة واحدة ذلك والشهادة كذلك لانها تتفرع اما عن رؤية كما في الغصب والقتل او سماع باقرار وغيره والشاهدان مستويان في ادراك ذلك فيستويان فيما يؤديان فلذا اخره عما لم يذكر فيه خلاف **قوله** الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة لانها لاثبات حقه فلا بد من طلبه وهو المدعي وقد وجدت الدعوى فيما يوافقها اي يوافق الشهادة فوجد شرط قبولها فتقبل وانعدمت فيما يخالفها فانها لما لم يطابقها صارت الدعوى بشيء آخر وشرط القبول الدعوى بما به الشهادة زائد واعلم انه ليس المراد من الموافقة المطابقة بل ما المطابقة او كون المشهود به اقل من المدعى به بخلاف ما اذا كان اكثر فمن الاقل ما لو ادعى نكاح امرأة بسبب انه تزوجها بمهر كذا فشهدوا انها منكوحته بلا زيادة تقبل ويقضى بمهر المثل اذا كان قدر ما سماه او اقل فان زاد عليه لا يقضى بالزيادة وكذا في غير نسخة من الخلاصة والظاهر انه انما يستقيم اذا كانت هي المدعية ومنه اذا ادعى ملكا مطلقا او بالنتاج فشهدوا في الاول بالملك بسبب وفي الثاني بالملك المطلق قبلنا لان الملك بسبب اقل من المطلق فانه يفيد الاولية بخلافه بسبب يفيد الحدوث والمطلق اقل من النتاج لان المطلق يفيد الاولية على الاحتمال والنتاج على اليقين وفي قلبه وهو دعوى المطلق فشهدوا بالنتاج لا تقبل ومن الاكثر ما لو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل الا اذا كان السبب الارث لان دعوى الارث كدعوى المطلق هذا هو المشهور وقيده في الاقضية بما اذا نسبه الى معروف سماه ونسبه اما لو جهله فقال اشتريته او قال من رجل او زيد وهو غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت فهي خلافية ذكر الخلاف في القبول رشيد الدين وعن هذا اختلفوا فيما اذا تحمل الشهادة على ملك بسبب واراد ان يشهد بالمطلق لم يذكر في شيء من الكتب اختلف المشايخ فيه والاصح لا يحل له قلت كيف وفيه ايضا ابطال حقه فانها لا تقبل فيما لو ادعاه بسبب ولو ادعى الشراء مع القبض فقال فقبضته منه هل هو كالمطلق حتى لو شهدوا بالمطلق قبلت في الخلاصة تقبل وحكى في فصول العمادي خلافا قيل تقبل لان دعوى الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لا يشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد وقيل لا تقبل لان دعوى الشراء

لان تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها

معتبرة فى نفسها لا كالمطلق الا يرى انه لا يقضى له بالزوائد فى ذلك وفى فوائد شمس الاسلام دعوى الدين كدعوى العين وكذا فى
شرح الحيل للحلوانى فلو ادعى الدين بسبب القرض وشبهه فشهدوا بالدين مطلقا قال شمس الائمة محمود الاوزجندى لا يقبل قال فى المحيط فى الاقضية
مسئلتان يدلان على القبول وعندى الوجه القبول لان اولية الدين لا معنى له بخلاف العين وفى فتاوى رشيد الدين لو ادعى الملك
المطلق فشهدوا عليه بسبب ثم شهدوا على المطلق لا تقبل لانهم لما شهدوا بالسبب حمل دعوى المطلق عليه فلا تقبل بعده على المطلق ولو شهدوا
اولا على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب تقبل لانه بعض ما شهدوا به اولا ولو ادعى المطلق فشهد احدهما به والآخر مع السبب تقبل ويقضى بالملك
الحادث كما لو شهدوا جميعا وكل ما كان بسبب عقد او شراء او هبة فهو ملك حادث ولو ادعى بسبب فشهد احدهما به والآخر مطلقا لا تقبل
كما اذا شهدوا جميعا بالمطلق وان ذا اليد قبضه بغير حق ودعوى الملك بسبب الارث كدعوى الملك المطلق فان ارخ احد الشاهدين دون الآخر تقبل فى دعوى غير المورخ
لا فى دعوى الملك المورخ ولو ادعى الشراء بسبب ارخه فشهدوا له به بلا تاريخ تقبل لانه اقل وعلى القلب لا تقبل ولو كان للشراء شهران فارخوا
شهرا تقبل وعلى القلب تقبل ومن الزيادة والنقص ما يتضمنه هذه الفروع التى تذكر دار فى يد رجلين اقتسماها وغاب احدهما فادعى رجل على الحاضر
ان له نصف هذه الدار مشاعا فشهدوا ان له النصف الذى فى يد الحاضر فهى باطلة لانها باكثر من المدعى به ادعى دارا واستثنى طريق الدخول وحقوقها
ومرافقها وشهدوا انها له ولم يستثنوا شيئا لا تقبل كذا لو استثنى بيتا ولم يستثنوه الا اذا وفق فقال كنت بعت ذلك البيت منها فتقبل وفى المحيط
نقلا من الاقضية وادب القاضى للخصاف اذا ادعى الملك للحال اى فى العين فشهدوا ان هذا العين كان قد ملكه تقبل لانها اثبتت الملك
فى الماضى فيحكم بها فى الحال ما لم يعلم المزيل قال رشيد الدين بعد ما ذكرها لا يجوز للقاضى ان يقول مروز ملك وى ميد انيد انتهى ومعنى هذا لا
يحل للقاضى ان يقول اتعلمون انه ملك اليوم نعم ينبغى للقاضى ان يقول بل تعلمون انه خرج من ملكه فقط ذكره فى المحيط قال العمادى فعلى هذا
اذا ادعى فشهدوا انه كان له عليه كذا ينبغى ان تقبل كما فى العين ومثله ما اذا ادعى انها زوجته فشهدوا انه كان تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل
هذا كله اذا شهدوا بالملك فى الماضى اما لو شهدوا باليد له فى الماضى لا يقضى به فى ظاهر الرواية وان كانت اليد تسوغ الشهادة فى الملك على
ما اسلفناه وعن ابى يوسف يقضى بها وخرج العمادى على هذا ما فى الواقعات لو اقر بدين رجل عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين
انه قضى دينه ان شاهدى الاقرار يشهد ان انه كان له عليه دين ولا يشهدان ان له عليه فقال هذا ايضا دليل على انه اذا ادعى الدين
وشهدوا انه كان له عليه تقبل وهذا غلط فانه انما تعرض لما يسوغ له ان يشهد ولا للقبول عدمه بل بما يؤخذ من منعه من احدى العبارتين دون الاخرى
ثبوت القبول فى احدهما دون الاخرى كيف وقد ثبت ان الشهادة العدلين عند الشاهدين انه قضاه لا يشهدان حتى يخبر القاضى بذلك وان القاضى
ح لا يقضى بشىء وسيأتى من مسائل الكتاب اذا علم شاهد الالف انه قضاه خمسمائة لا يشهدان حتى يقر بقبضها والله سبحانه اعلم وعكس ما نحن فيه لو ادعى
فى الماضى ان هذه الجارية كانت ملكى فشهدوا انها له اختلف فى قبولها والاصح انها لا تقبل وانما لا تقبل اذا شهدوا على طبق دعواه هذه انها كانت
له لان اسناد المدعى دليل على نفى ملكه فى الحال اذ لا فائدة فى الاقتصار على الماضى الا ذلك فلم يكن ما شهدوا به مدعى بخلاف الشاهدين اذا اسندا لا يدل
على نفيهما اياه فى الحال لجواز قصدهما الى الاحتراس عن الاخبار بما لا علم لهما به اذ لم يعلما سوى ثبوته فى الماضى وقد يكون قطع النقل فيحترس انه وان كان يثبت
للحال بالاستصحاب فهو مخالف لو ادعى الدنانير الجيدة وبين الوزن فشهدوا على النقرة والوزن ولم يذكر الجيدة او الردية او الوسط تقبل ويقضى بالردى بخلاف ما لو ادعى قفيز دقيق مع النخالة

قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة رحمه الله فان شهد احدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلث

فشهدوا من غير تحالة او منخولا فشهدوا على غير المنخول لا تقبل وفيها ان من ادعى على رجل الفا ثمن بيت فشهدوا على الف من ضمان جارية غصبها وهلكت عنده لا تقبل وعن هذا ذكر في المسئلة المسطورة وهي ما اذا شهدا بالف من ثمن جارية باعها منه فقال البائع انه اشهدهما عليه بذلك والذي لي عليه ثمن متاع تقبل شهادتهما فقال في الخلاصة هو محمول على انهما شهدا على اقراره بذلك اي اقرار المدعي على ثمن الجارية كان بمثله في الاقرار تقبل لما سياتي وفي الكفالة اذا اشهدا انه اقر انه كفل بالف عن فلان فقال الطالب هو اقر بذلك لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كان له ان ياخذه بالمال لانهما اتفقا فيما هو المقصود فلا يضرهما الاختلاف في السبب مثله ادعى انه آجره دارا وقبض مال الاجارة ومات فانفسخت الاجارة وطلب مال الاجارة فشهدوا ان الآجر اقر بقبض مال الاجارة تقبل وان لم يشهدوا على عقد الاجارة لانهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الاجارة ولو ادعى الدين او القرض فشهدوا على اقراره بالمال تقبل وان شهد احدهما به والآخر بالاقرار به فقد اطلق القبول في المحيط والعمدة وقال قاضي خان قالوا تقبل عند ابي يوسف رح ولو ادعى قرضا فشهدوا ان المدعي دفع عليه كذا ولم يقولوا وقبضها المدعي عليه يثبت قبضه كالشهادة على البيع شهادة على الشراء واذا ثبت القبض بذلك باذن القول لذي اليد انه قبض بجهة الامانة فيحتاج الى بينة على انه بجهة القرض ان ادعاه ولو ادعى انه قضاه دينه فشهد احدهما به والآخر باقراره انه قبضه لا تقبل ولو شهدا جميعا بالاقرار به قبلت ولو ادعى شراء دار من رجل فشهدا انه اشتراها من وكيله لا تقبل وكذا لو شهدوا ان فلانا باعها منه وهذا المدعي عليه اجاز البيع ادعى انك قبضت من مالي جملا بغير حق مثلا وذكر سنه وقيمته فشهدا انه قبض من فلان غير المدعي تقبل ويجبر على احضاره لانه قال من مالي ولم يقل قبضت مني فلا يكون ما شهدا به مناقضه فيحضر ليشير اليه بالدعوى فاذا اختلف الشاهدان ووجد شرط القبول في شهادة احدهما فقط وهو ما طابق الدعوى من الشاهدين والواحد لا تقوم به الحجة للقاضي وانما قيد الاشتراط بحقوق العباد احترازا عن حقوق الله سبحانه فان دعوى مدع خاص غير الشاهد ليس شرطا لقبول الشهادة لان حقه تعالى واجب على كل احد القيام في اثباته وذلك الشاهد من جملة من عليه ذلك فكان قائما في الخصومة من جهة الوجوب عليه وشاهدا من جهة تحمل ذلك فلم يحتج فيها الى خصم آخر **قوله** ويعتبر اتفاق الشاهدين الخ اي يشترط التطابق بين كل من الشاهدين كما بين الشهادة والدعوى ايضا لوجوب القضاء الشرط في مطابقة الشهادتين عند ابي حنيفة رحمه الله في اللفظ والمعنى والمراد من مطابقتهما تطابق لفظهما على افادة المعنى سواء كان بعين ذلك اللفظ او بمرادف حتى لو شهد احدهما بالهبة والآخر بالعطية قبلت لا بطريق التضمن فلو شهد احدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل فلم يقض بشيء عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين بخلاف ما لو كان يدعي الفا لا يقضي بشيء اتفاقا لانه اكذب شاهد الالفين الا ان وفق فقال كان لي عليه الفان فقضاني الفا او ابرأته من الف والشاهد لا يعلم بذلك فحينئذ يقضي له بالالف على هذا ولو شهد احدهما بمائة والآخر بمائتين او بطلقة وطلقتين وطلقة وثلاث لا يقضي بطلاق اصلا عنده وعندهما يقضي بالاقل وعلى هذا الخمسة والعشرة والدرهم والدرهمان وهذا في دعوى الدين اما في دعوى العين بانه كان في الكيس الف درهم فشهد احدهما ان جميع ما في الكيس له وهو الف درهم والآخر ان نصف ما فيه له وهو الف قبلت شهادتهما ان ذكر المقدار في المشار اليه يستغنى عنه ذكره الحجازي لقولهما قال الشافعي واحمد ثم في رواية عن الشافعي واحمد يستحق الزائد بالحلف عليه لهما انهما اتفقا على الالف او الطلقة وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما وصار كالالف والالف وخمسمائة حيث اتفقنا على انه يقضي بالالف كذلك وهو انهما اجتمعا على الشهادة بها ولابي حنيفة رحمه الله انهما اختلفا في لفظ غير مرادف لان الالف لا يعبر به عن الالفين ويلزمه اختلاف المعنى

لهما انهما اتفقا على الالف او المائة وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما فصار كالالف والالف والخمسمائة ولابي حنيفة رح انهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ وهذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما جملتان متباينتان تحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما اذا اختلف جنس المال

فان منها ان الالف والالفان جملتان اى عددان متباينان حصل على كل واحدة منهما شاهد فصار كما اذا اختلف جنس المال بان شهد احدهما بكر شعير والآخر بكر حنطة ايضا وفيه الآخر بمائة سود والمدعي يدعي السود لا تقبل على شيء اصلا لان المدعي اكذب شاهد البيض الا ان يوفق المدعي فيقول كان لي البيض فابرأته من صفة الجودة فتقبل ح اما لو كان يدعي البيض ولها مزية فانه يقضى بالسود ولم يحكوا خلافا فا ذكره في الخلاصة من الاقضية وكذا لو شهد المدعي بكر حنطة وقال احدهما جيدة والآخر ردية والدعوى بالافضل يقضي بالاقل كذا لو ادعى مائة دينار فقال احدهما نيسابورية والآخر نجارية والمدعي يدعي النيسابورية وهي اجود يقضي بالنجارية بلا خلاف فيشكل ويحتاج الى الفرق على قول ابي حنيفة وهو انما اتفقا على الكمية والجنس فصار كما لو شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة فان قيل لم يقع جواب قولهما الشاهد بالالفين شاهد بالالف في ضمنها فاجتمعا عليه وتفرد احدهما بالزيادة فلا تقبل اجيب بانه ما شهد بها الا من حيث هي جزء الالفين وانما تثبت الالف في ضمن ثبوت الالفين لان المتضمن لا يثبت بدون المتضمن ولم تثبت الالفان فلم تثبت الالف فان قيل تشكل على قوله ما لو ادعى الفين وشهدا بالف تقبل بالاتفاق مع عدم المطابقة بين الدعوى والشهادة وهي شرط وعلى قول الكل ما لو شهد احدهما انه قال لها انت خلية والآخر انت برية لا يقضي ببينونة اصلا مع اتفاقهما على البينونة وتقدم ان اختلاف اللفظ وحده غير ضائر كما لو شهد احدهما بالهبة والآخر بالعطية تقبل اجيب عن الاول بان الاتفاق بين الدعوى والشهادة وان اشترط لكن ليس على وزان الاتفاقية بين الشاهدين الا يرى انه لو ادعى الغصب والقتل فشهدا على اقراره به تقبل ولو شهد احدهما بالغصب والآخر على اقراره به لا تقبل ح فقد حصلت الموافقة بين الدعوى والشهادة فانه لما كان يدعي الالفين كان مدعيا الالف وقد شهد به اثنان صريحا فتقبل بخلاف شهادتهما بالالف والالفين لم يشهد شاهد الالفين على الالف الا من حيث هي الفان ولم تثبت الالفان وفي المبسوط والاسرار الذي يبطل مذهبهما ما لو شهد شاهدان بطلقة يعني قبل الدخول وآخران بثلاث وفرق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف المهر على شاهدي الثلث لا على شاهدي الواحدة ولو اعتبر ما قالا ان الواحدة توجد في الثلاث كان الضمان عليهما جميعا ولا يلزم ما اذا قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة تقع الواحدة لان التفويض تمليك فقد ملكها الثلث بالتفويض اليها فيها والملك يوجد من مملوكه ما شاء كما لو طلقها الا تقع الثلث بملكه القدر غير انه لا يقع فوق الثلث شرعا واما عن الثاني فيمنع الترادف لان معنى خلية ليس معنى برية لغة والوقوع ليس الا باعتبار معنى اللغة ولذا قلنا ان الكنايات عوامل بحقائقها وهما لفظان متباينان المعنيين متباينين غير ان المعنيين المذكورين المتباينين يلزمهما لازم واحد وهو وقوع البينونة والمتباينات قد تشترك في لازم واحد فاختلافهما ثابت في اللفظ والمعنى فلما اختلف المعنى منهما كان دليل اختلال تحملهما فان هذا يقول ما وقعت البينونة الا بوصفها بخلية والآخر لم تقع الا بوصفها برية والا فلم تقع البينونة هذا كله اذا لم يدع المدعي عقدا اما ان ادعى المال في ضمن دعوى العقد في البيع والاجارة والجواب ما يتعلق في آخر الباب واعلم ان من المسائل المذكورة في اوقاف الخصاف ما يخالف اصل ابي حنيفة رح ذكرها ولم يذكر خلافا بل اشار الى انها اتفاقية فانه ذكر فيما اذا شهد احدهما انه جعلها صدقة موقوفة ابدا على ان لزيد ثلث غلتها وشهد آخر ان لزيد نصفها قال اجعل لزيد ثلث غلتها الذي اجتمعا عليه والباقي للمساكين وكذا اذا سمى احدهما مالا لزيد من هذه الصدقة والآخر اقل منه احكم لزيد بما اجتمعا عليه وكذا اذا شهد احدهما انه قال يعطى زيد من غلة هذا الوقف من كل سنة ما يسعه ويسع عياله بالمعروف وقال الآخر يعطى الفا قال اقدر نفقته ونفقة عياله في العام فان كانت اكثر من الالف حكمت له بالالف او الالف اكثر اعطيته نفقته والباقي للمساكين هذا بعد ان ادخل الكسوة في النفقة ثم اورد على نفسه فقال قلت لم اجزت هذه الشهادة وقد اختلفا في لفظها قال المعنى فيه اذا اراد الواقف الى ان لزيد بعض هذه الغلة واجعل لها الاقل انتهى فايراده السؤال هو الكذا

قال وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعي يدعي ألفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الألف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لأن الألف والخمسمائة جملتان عطفت إحداهما على الأخرى والعطف يقرر الأول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لأنه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الألف والألفين وإن قال المدعي لم يكن لي عليه إلا الألف فشهادة الذي شهد بالألف والخمسمائة باطلة لأنه كذبه المدعي في المشهود به وكذا إذا سكت إلا عن دعوى الألف لأن التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان أصل حقي ألفا وخمسمائة ولكني استوفيت خمسمائة أو أبرأته عنها قبلت لتوفيقه قال وإذا شهدا بألف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالألف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله إنه قضاه لأنه شهادة فرد إلا أن يشهد معه آخر وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقضي بخمسمائة لأن شاهد القضاء مضمون شهادته أن لا دين إلا خمسمائة وجوابه ما قلنا قال وينبغي للشاهد إذا علم بذلك أن لا يشهد بألف حتى يقر المدعي أنه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم وقال في الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم فشهد أحدهما أنه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد أحدهما بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوي عن أصحابنا أنه لا تقبل وهو قول زفر رحمه الله لأن المدعي أكذب شاهد القضاء قلنا هذا إكذاب في غير المشهود به الأول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول

ذكرت انه اشار الى انها اتفاقية وان ايراده ليس الا باعتبار قول ابي حنيفة رحمه الله وقوله وقد اختلف لفظها صريح فيه ثم قال هذا استحسان والقياس ان الشهادة باطلة انتهى وحاصله انا علمنا استحقاقه بعض هذا المال وترددنا بين الاقل والاكثر فيثبت المتيقن ولا يخلو عن نظر **فروع** ادعى المبيع معيبا فشهد احدهما انه اشتراه وبه هذا العيب وشهد آخر على اقرار البائع به لا يقبل كما لو ادعى عينا انه له فشهد احدهما انه ملكه والآخر على اقرار ذي اليد انه ملكه لا يقبل ومثله دعوى الرهن فشهد احدهما بالقبض والآخر على اقرار الراهن بقبضه لا يقبل قال ... ادعى الوديعة او ادعيا فشهدا باقرار المودع قبلت او شهد احدهما بها والآخر بالاقرار بها لا يقبل قياسا ... بخلاف ما لو ادعى انه باعه ... والآخر ان المشتري اقر بذلك يقبل للموافقة الا ان انشاء حكمهما واحد ... وقيل الخلاف في ان الابراء اسقاط والهبة تمليك ... في يده لا يقبل وفي المحيط ادعى دارا فشهد انها داره والآخر على اقرار ذي اليد انها له لا يقبل بخلاف ما لو شهد احدهما على الدين والآخر على الاقرار به لا يقبل بخلاف ما لو شهد انها جاريته والآخر على اقراره لا يقبل وبخلاف ما لو شهدا انها جاريته والآخر انها كانت في يده واذا رجعت القاعدة التي ذكرت من الفرق بين اختلاف الشاهدين على القول والفعل خرجت كثير من الفروع والله سبحانه عليم **قوله** وان شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف بالاتفاق عندهما ظاهر وعنده لانهما اتفقا على الالف لفظا ومعنى وانفراد احدهما بالشهادة بخمسمائة منصوص على خصوص كقياس لا يقدح في الشهادة بالالف ولو شهد احدهما بالف درهم ومائة دينار وهو يدعيهما ولو كان انما يدعي الالف لم يقض بشيء لانه اكذب شاهد الالف وخمسمائة ظاهرا الا ان السكوت في موضع البيان بيان الا ان وفق فقال كان حقي الفا وخمسمائة فقضاني او ابرأته خمسمائة على نظير ما تقدم وما لم يوفق صريحا لا يقضي بشيء ولا يكفي احتمال التوفيق في الاصح **قوله** واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة قضي بالالف لقبول شهادتهما عليها ولا يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد ليسقط بعض الحق بعد ثبوته الا ان يشهد معه آخر وعن ابي يوسف رحمه الله في غير المشهور عنه انه يقضي بخمسمائة فقط لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان الدين ليس الا خمسمائة وجوابه ما قلنا يعني قوله باتفاقهما عليه يعني فبعد ثبوت الالف باتفاقهما شهد واحد بسقوط خمسمائة بخلاف ما لو شهد بالف وقال احدهما انه قضاه اياه بعد قرضه فانه يقضي بالكل على قول الكل وعن ابي يوسف لا تقبل شهادة شاهد القضاء وذكروا ان قول زفر كقول ابي يوسف في هذه الرواية لانه اكذبه المدعي فصار كما لو فسق وجه الظاهر ما قدمنا من انهما اتفقا وتفرد احدهما بالآخر ولا يلزم من الاكذاب التفسيق لجواز كونه تغليطا **قال** القدوري وينبغي للشاهد اذا علم بذلك اي بقضاء الخمسمائة ان لا يشهد حتى يعترف المدعي بقبضها لانه لو شهد بالالف ثم يقول قضاه منها خمسمائة وقد علمت ان لا يقبل فيضيع حق المدعي عليه وان شهد بخمسمائة يختلفا فيما لو شهد احدهما بالف والآخر بخمسمائة وفيه لا تقبل الشهادة اصلا على قول ابي حنيفة فيضيع حق المدعي فالوجه ان لا يشهد الذي اعترف القضاء حتى يعترف المدعي بالقدر الذي سقط عن المدعى عليه ويشهد بخمسمائة والمراد بهذا من لفظ الانبغاء ... نص عليه في جامع ابي الليث وانما نص على مسألة الجامع بعد مسألة القدوري لانه قد يتوهم ان تفرقوا بينهما على رواية ابي يوسف رحمه الله التي نقلها المصنف لو شهد احدهما بالف وقال احدهما قضاه اياها انها لا يقضى بشيء على رواية ابي يوسف فذكرها للاعلام بالفرق وقيل لانه قد كان لقائل ان يقول في مسألة الجامع لا تقبل شهادة شاهد القضاء على وجوب المال مستقرا الا ان في المسألة الاولى للشاهد ان يقول انا تحملت الشهادة واحتاج الى الخروج منها وقد قضاه خمسمائة ولكني اشهد كما اشهدت عليه وهو الف فاذا ظهرت شهادته مع الآخر بها قضي له بالالف اما في مسألة الجامع فالشاهد يذكر ان الشهادة سقطت عنه

قال واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين لان احداهما كاذبة بيقين وليست احداهما باولى من الاخرى فان سبقت احداهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى قد ترجحت باتصال القضاء بها فلا ينتقض بالثانية **قال** واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع وان قال احدهما بقرة وقال الآخر ثور لم يقطع وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يقطع في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض وقيل هو في جميع الالوان لهما ان السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل اولى لان امر الحد اهم وصار كالذكورة والانوثة وله ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان او يجتمعان في واحد فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب آخر وهذا الآخر يشاهده بخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحدة وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه

وليس علي اداء الشهادة فشهادتي باطلة ولا يقضي بالالف فرواية الجامع الصغير ازالت هذه الشبهة وثبت جواز الشهادة واستوضح في النهاية فقال التفاوت بين مسئلة الجامع والمسئلة التي قبلها ان في مسئلة الجامع احد الشاهدين شهد بقضاء الدين كل الدين وفي التي قبلها شهد بقضاء بعض الدين **قوله** واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وآخران انه قتله يوم النحر بالكوفة لم يقض بواحدة منهما فلو لم يجتمعوا بل شهد انه قتله بمكة فقضى به ثم شهد آخران انه بالكوفة فانه يقتل المشهود عليه اما الاول فلكذب احدهما بيقين ولا اولوية واما الثاني فللاولوية باتصال القضاء الصحيح بها فانه حين قضى بالاولى لا معارض لها اوذاك فقد ثبت شرعا فلا تغير الحكم الشرعي الذي ثبت شرعا بحدوث معارض كمن له ثوبان في احدهما نجاسة تشكك في تعيينه فتحرى وصلى في احدهما ثم وقع ظنه على الآخر لا يصلي فيه ولا تبطل صلوته في الاول لانه ثبت بتحريه الاول حكم شرعي هو الصحة ابتداء وجوب فيه فلا يؤثر الثاني في رفعه وكذا الاختلاف في الآلة قال احدهما قتله بسيف وقال الآخر بيده لا تقبل وكذا ان شهد احدهما بالفعل والآخر باقراره لا تقبل لاختلاف المشهود به لان القول غير الفعل الذي هو نفس القتل ولم يتم على احدهما نصاب وكذا الضرب الواقع امس بتلك الآلة ليس عين الضرب الواقع اليوم وبآلة اخرى حقيقة ولا حكما لانه لا يمكن جعل الفعل الثاني اخبارا عن الاول ليتحد الفعل نفسه وكل ما هو من باب الفعل كالشجة والجناية مطلقا والغصب ومن باب القول المشروط في صحته الفعل كالنكاح المشروط فيه احضار الشهود فاختلافهما في الزمان او المكان او الانشاء والاقرار يمنع القبول لما ذكرنا والمراد من الانشاء والاقرار انشاء العقد والاقرار به مثاله لو ادعى الغصب فشهد احدهما به والآخر بالاقرار به لا تقبل ولو شهدا جميعا بالاقرار به قبلت بخلاف اختلافهما في الزمان والمكان فيما هو من باب القول كالبيع والشراء والطلاق والعتاق والوكالة والوصية والرهن والاقرار والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف لا يمنع القبول فان القول مما يكرر بصيغة واحدة انشاء واخبارا وهو في القرض بحيلة على قول المقرض اقرضتك وكذا يقبل في الرهن والهبة والصدقة والشراء وان كانا يشهدان بمعاينة القبض لان القبض يكون غير مرة وفي المحيط ادعى عينا في يد رجل انها ملكه وان صاحب اليد قبضها بغير حق منذ شهر وشهدوا انه بالقبض مطلقا لا تقبل لان شهادتهم على القبض بلا تاريخ محمول على الحال والمدعي يدعي الفعل في الماضي والفعل في الماضي غيره في الحال كما لو ادعى القتل منذ شهر فشهدوا به في الحال وكذا لو ادعى القبض مطلقا وشهدوا به من شهر لانه ادعى الفعل في الحال وهم شهدوا به في الماضي فلا تقبل الا اذا وفق وقال اردت من المطلق القبض من ذلك الوقت وقيل تقبل في هذا من غير توفيق لان المطلق اكثر واقوى من المؤرخ فقد شهدوا باقل مما ادعى به فتقبل انتهى فقد ظهر ان من الفعل القبض ومن الفروع على الاصل المذكور ادعى الشراء اول من امس فشهدوا به امس تقبل لانه قول ولو ادعى النكاح اول من امس فشهدوا به امس لا تقبل لانه يتضمن الفعل كما ذكرنا من قريب هذا كله مذهبنا وقال الشافعي واحمد في ظاهر الرواية اختلافهما في الزمان والمكان يمنع في الكل الا اذا شهدا انه طلقها يوم الخميس وقال الآخر اقر بطلاقها يوم الجمعة واذا شهدا على اقرار الراهن والواهب والمتصدق بالقبض جازت ولو ادعى البيع وشهدا على اقرار البائع به واختلفا في الزمان والمكان قبلت وكذا لو شهد احدهما بالبيع والشراء والآخر على الاقرار به تقبل لان لفظهما سواء في الاقرار والانشاء فلم يثبت اختلاف المشهود به ذكره في الفصول وفيه عن الفتاوى الصغرى لو سكت شاهدا البيع عن بيان الوقت والمكان فسألهما القاضي فقالا لا نعلم ذلك يقبل لانهما لم يكلفا حفظ ذلك **قوله** واذا شهدا الخ صورتها ادعى على رجل انه سرق له بقرة ولم يذكر لها لونا واقام بينة فشهد احدهما بسرقة حمراء والآخر سوداء قال ابو حنيفة تقبل ويقطع وقالا والائمة الثلاثة لا يقطع ولو ان المسروق منه عين لونا كحمراء فقال احدهما سوداء لم يقطع اجماعا لانه كذب احد شاهديه ولا فرق فيما اذا لم يعين المدعي لونا بين كون اللونين اللذين اختلفا فيهما متقاربين كالسواد والحمرة ومتباعدين كالبياض والسواد في ثبوت الخلاف وقيل في المتباعدين الاتفاق على عدم القبول والاصح الاول ولم يذكر المص تصحيحه وذكره في المبسوط والتلعية وعلى الخلاف المذكور لو ادعى سرقة ثوب مطلقا فقال احدهما هروي والآخر مروي ولو اختلفا في الزمان والمكان لم تقبل اجماعا لما ذكرنا من الفرق

بخلاف ما

الانشاء او

قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبدا من فلان بالف وشهد آخر انه اشترى بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ولان المدعي يكذب احد شاهديه وكذلك اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين ان يدعي المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا وكذلك الكتابة لان المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا اذا كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد اذا كان المدعي هو المرأة والعبد والقاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه

بين السرقة والغصب بقليل تامل اما انهما اختلفا في المشهود به فلم يوجد على كل منهما نصاب شهادة فصار كما لو اختلفا في ذكورتها وانوثتها او في قيمتها لا تقبل كذا هذا وايضا بطريق الدلالة في الغصب فانهما لو شهدا على غصب البقرة فقال احدهما سوداء او حمراء والآخر بيضاء لم تقبل مع انه لا يمين قبولها لاثبات حد فلان لا تقبل فيما يوجب حدا اولى لان الى اعتبر اثباتا فانه لا يثبت بشهادة النساء واما انه يبين انه لا يثبت باقل من اربعة فليس فيه الكلام في السرقة بل يخص الزنا ولابي حنيفة ان مجرد شهادتهما سرقة بقرة وهو المدعى به بلا ذكر المدعي لونا حتى يثبت الحد ولم يقع فيه اختلاف بل وقع فيما ليس من نفس المشهود به وهذا لانهما لم يكلفا علم لونها فانهما لو قالا لا نعلم لونها لا تسقط شهادتهما فيجب الحد واختلافهما في امر زائد لا يلزمهما ليس مدعى به لا يبطل الحد كما لو اختلفا في ثياب السارق فقال احدهما سرق وعليه ثوب احمر وقال الآخر ابيض فانه يقطع وكما لو اختلفا في مكان الزنا من البيت فقال احدهما في هذه الزاوية وقال الآخر في تلك فانه يحد وعلى هذا فلا حاجة في قبولها الى التوفيق كما فعله العلامة السرخسي غير انا تبرعنا بالتوفيق بما ذكره من ان السرقة تكون غالبا بالليل والناظر الشاهد اليه من بعيد وذلك سبب اشتباه اللون اذا كانا متقاربين كالسواد والحمرة وقد يجتمعان وان كانا متباعدين في اللون في كل لونا غير الآخر فيحمل اختلافهما على احد الامرين فعلى الاول او الثاني اذا اختلفا في المتقاربين وعلى الثاني فقط في المتباعدين بخلاف الغصب فانه يقع نهارا فلا اشتباه وبخلاف الذكورة والقيمة لانهما يكلفان معرفة ذلك لتعلم القيمة فيظهر ان المسروق بلغ نصابا اولا ولان ذكر الذكورة دليل على انه من آدمي قرب وتحقق بحيث لا شبهة عليه الحال فلا يتم ذلك التوفيق فالاختلاف وان كان في زيادة فقد تشعب بها على نفسه فظهر ان هذا التوفيق ليس احتياطا لاثبات الحد كما لم يكن التوفيق في اختلافهما في مكان الزنا من البيت بانهما قد ينتقلان بحركة الوطء من مكان الى مكان احتياطا لاثباته ولان وجه قولهما اوفق واحق من قوله كما ظنه صاحب الاسرار وما قيل ان التوفيق لاثبات الحقوق واجب فقيل ثم يجب الحد حينئذ ضرورة ثبوت السرقة حينئذ لم يصح منع وجوبه مطلقا بل اذا لم يستلزم وجوب حد **قوله** ومن شهد لرجل الخ صورتها على ما في الجامع في الرجل يدعي على رجل انه باعه هذا العبد بالف وخمسمائة فينكر البائع البيع فيقيم عليه شاهدا بالف وشاهدا بالف وخمسمائة قال يعني ابا حنيفة فهذا باطل الخ ما هناك فقد يظن ان هذا ينافض ما تقدم من ان الشاهدين اذا اختلفا فشهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي بالف وخمسمائة تقبل بالالف بالاتفاق بين الثلاثة وهنا لا تقبل في شيء ولو كان المدعي يدعي الفا وخمسمائة فاراد من بيانه وهو ان ذلك فيما اذا ادعاه دينا فقط والمقصود هنا دعوى العقد الا ترى الى قوله في الجامع فينكر البائع البيع ولانه لو كان المقصود الدين لم يحتج الى ذكر السبب واذا كان المدعي به البيع فالبيع يختلف باختلاف الثمن لان الثمن من البيع كالذات كما ذكر البائع ليس بجزء منه بمقداره فما ضم على شاهد بمقدار الاكثر منه ولم يتم على احدهما نصاب شهادة فلا يثبت البيع بهما ولان المدعي يكذب احد شاهديه وهو الشاهد بالف وكذا اذا كان المدعي هو البائع بان ادعى انه باعه بالف وخمسمائة فانكر المشتري الشراء فاقام الشاهدين كذلك لا فرق ان يدعي المدعي منهما اكثر المالين او اقلهما لما بينا من اختلافهما في المشهود به والتكذيب من المدعي وفي الفوائد الظهيرية عن الامام الشهيد السمرقندي تقبل لان الشراء الواحد يكون بالف ثم يصير بالف وخمسمائة بان يزاد في الثمن فقد اتفقا على الشراء الواحد بخلاف ما لو قال احدهما اشترى بالف والآخر بمائة دينار لان الشراء لا يكون بالف ثم يكون بمائة دينار وقال بعض المحققين الشارحين فيه نوع تامل كانه والله اعلم جاز لزم القضاء بالبيع بالثمن اذ لم يثبت حد الثمنين بشهادتهما ثم لا يفيد لانه لعود الخصومة كما لو كانت في الالف وخمسمائة المدعي بها وان كان السبب وسيلة الى اثباتها ومن هذا النوع ثمانية مسائل ذكرها المصنف هذه والثانية الكتابة ذكرها في الجامع قال وكذلك الكتابة اذا ادعاها العبد وانكر المولى يعني الكتابة على وزان ما ذكر في البيع زاد المصنف فقال وكذا اذا كان المدعي هو المولى لان دعوى السيد المال على عبده لا يصح اذ لا دين له على عبده الا بواسطة دعوى الكتابة فينصرف انكار العبد عليه للعلم بانه لا يتصور له عليه دين الا بها فالشهادة ليست الا لاثباتها والثالثة والرابعة والخامسة الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد ان كان المدعي هي المرأة في الخلع والعبد في العتق والقاتل في الصلح عن دم العمد لان المقصود اثبات العقد لانه هو الذي يفيدهم الخلاص وسيعرف مفهوم

وان كانت الدعوى من جانب آخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل لانه لا حظ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان هو المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين

وان كانت الدعوى من جانب الآخر وهو الزوج والمعتق وولي القتيل فهو بمنزلة الدين فيما ذكرنا من الوجوه يعني اذا ادعى الاكثر لما يعتبر شاهد الآخر بالاقل ان كان الاكثر ادعى مثل الف وخمسمائة قضى بالاقل اتفاقا وان كان بدونه كالالف والفين فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة لا يقضى بشيء وهذا لانه تثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى الا في الدين وللمساواة في الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا تقبل الشهادة وينبغي اصلا ان قبولها بناء على صحة الدعوى ولم يصح لانه لا حظ للراهن في الرهن اذ لا يقدر على استرداده ما دام الدين قائما فلا فائدة لهذه الدعوى فلم تصح وان كان المدعي هو المرتهن فهو دعوى الدين وعلمت حكمه وانما قيل الرهن لا يثبت الا بايجاب وقبول فكان كسائر العقود وينبغي ان يكون اختلاف الشاهدين في قدر المال كاختلافهما في البيع والشراء اجيب بان الرهن غير لازم في حق المرتهن فان له ان يرده متى شاء بخلاف الراهن ليس له ذلك فكان الاعتبار لدعوى الدين في جانب المرتهن اذ الرهن لا يكون الا بدين فيقبل بينة في ثبوت الدين ويثبت الرهن بالالف ضمنا وتبعا للدين والحق والاشكال ان دعوى المرتهن ان كان مثلا بكذا طالبه بالالف وخمسمائة التي على فلان هي رهن له عندي فليس المقصود الا المال وذكر الرهن زيادة اذ لا يتوقف ثبوته فيه عليه بخلاف دين الثمن في البيع وان كان بكذا طالبه باعادة رهن كذا وكذا كان رهنه عندي حتى كذا الخ غصبه او سرقه مثلا فلا شك ان هذه دعوى العقد فاختلاف الشاهدين في انه رهنه بالف او الف وخمسمائة وان كان زيادة توجب ان لا يقضى بشيء لان عقد الرهن يختلف به السابعة الاجارة وان كان في اول المدة فهو كالبيع فان ادعى المستاجر او الآجر انه آجره هذه الدار سنة بالف وخمسمائة فشهد واحد كذلك وآخر بالف لا يثبت الاجارة كالبيع اذ قبل استيفاء المنفعة لا يستحق بدل فكان المقصود اثبات العقد وهو يختلف باختلاف البدل فلا يثبت الاجارة وان كانت بعد مضيها استوفى المنفعة او لم يستوف بعد ان تسلم وان كان المدعي هو الآجر فهي دعوى الاجرة فان شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة وهو يدعي الاكثر يقضى بالف اذ ليس المقصود بعد المدة الا الاجرة وان شهد الآخر بالفين والمدعي يدعيها لا يقضى بشيء عنده وعندهما بالالف وان كان المدعي هو المستاجر فهو دعوى العقد بالاجماع لانه معترف بمال الاجارة ويقضى عليه بما اعترف به ولا يعتبر اتفاق الشاهدين واختلافهما فيه ولا يثبت العقد لاختلافهما الثامنة النكاح وقد علمت ان النكاح اجري مجرى الفعل حتى لا يقبل الاختلاف حتى لو ادعى نكاحها فشهد احدهما انها زوجت نفسها منه تقبل بخلاف لو ادعى انها زوجت نفسها منه فشهدا ان وكيلها فلان بن فلان زوجها الا ان لفظ زوجت نفسها يصدق به في العرف وقد اطلق محمد في الجامع عن ابي حنيفة فقال فاما النكاح فان ابا حنيفة كان يقول اذا جاءت بشاهد يشهد على الف وخمسمائة وشاهد يشهد على الف جازت الشهادة بالالف وهي تدعي الفا وخمسمائة فاما ابو يوسف ومحمد فقالا النكاح باطل ايضا فمشى المصنف على اطلاقه فلم يفصل بين كون المدعي فيه الزوج او الزوجة وجعله الاصح نفيا لما حكاه من القول بالتفصيل بين كون المدعي الزوج فلا تصح باتفاقهم لانه دعوى العقد اذ الزوج لا يدعي عليها مالا او كون الزوجة فهو على الخلاف وقال في وجه الاصح ما ذكرنا يعني ما ذكره من التعليل لابي حنيفة رح من ان المال تابع في النكاح وانما المقصود منه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف في هذا الاصل فيثبت ثم يثبت في التبع القضاء بالاقل لاتفاقهما عليه ويترجح بالضرورة القضاء بالنكاح بالف فان هذا الوجه يقتضي الصحة بالاقل بلا تفصيل وايضا اجرى اطلاقه في دعوى الاقل و الاكثر فصحح الصحة سواء ادعى المدعي الاقل او الاكثر وهذا يخالف الرواية قال محمد رح في الجامع قيده بدعوى الاكثر حيث قال جازت الشهادة بالالف وهي تدعي الفا وخمسمائة والمفهوم معتبر رواية وبقوله ذلك ايضا يثبتنا ولزوم التفصيل بالمدعي به بين كونه الاكثر فيصح عنده او الاقل فلا يختلف في البطلان لتكذيب المدعي شاهد الاكثر كما عول عليه محققو المشائخ فان قول محمد وهي تدعي الخ يفيد تقييد جواب قول ابي حنيفة بالجواز بما اذا كانت هي المدعية للاكثر دونه فان الواو فيه الحال والاحوال شروط فيثبت العقد باتفاقهما وهي الف فرع هي قسمان قسم من الاختلاف

قال فاما النكاح فانه يجوز بالف استحسانا وقالا هذا باطل فى النكاح ايضا وذكر فى الامالى قول ابى يوسف رحمه الله مع قول ابى حنيفة رحمه الله لهما ان هذا اختلاف فى العقد لان المقصود من الجانبين السبب فاشبه البيع ولابى حنيفة رحمه الله ان المال فى النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الاصل

بين الدعوى والشهادة وقسم من الاختلاف بين الشاهدين القسم الاول ادعى ملكا على رجل بالشراء فشهدوا له بالملك المطلق لا تقبل وقيده فى الاقضية بما اذا نسبه الى معروف كان قال اشتريته من فلان بن فلان وذكر شرائط التعريف اما لو جهله فقال اشتريته فقط او قال من رجل او من زيد وهو غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت وذكر فى فتاوى رشيد الدين فى القبول خلافا ولو ادعى ملكا مطلقا فشهدوا به بسبب يقبل كذا اطلقه فى الجامع الكبير وزاد فى الاجناس فى القبول ان القاضى يسال المدعى الملك لك بهذا السبب الذى شهدوا به ان قال نعم قضى والا فلا وفى الدعاوى والبينات اذا تحمل الشهادة على ملك بسبب واراد ان يشهد بالملك المطلق لم يذكر هذا فى شىء من الكتب واختلف فيه المشايخ والاصح انه لا يسعه ذلك ولو كان ادعى الشراء من معروف ونسبه الى ابيه وجده مع القبض فقال وقبضته منه فشهدوا بالملك المطلق ففى الخلاصة تقبل بلا ذكر خلاف وحكى العمادى فيه اختلافا قيل تقبل لان دعوى الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لا يشترط بصحة هذه الدعوى تعيين العبد وقيل لا تقبل لان دعوى الشراء معتبرة فى نفسها كالمطلق الا يرى انه لا يقضى له بالزوائد فى ذلك وفى فوائد شمس الاسلام دعوى الدين كدعوى العين وهكذا فى شرح الحيل للحلوانى لكن فى المحيط ادعى الدين بسبب القرض وشبهه فشهدوا بالدين مطلقا كان شمس الائمة محمود الاوزجندى يقول لا تقبل كما فى دعوى العين بسبب واشهدوا بالمطلق قال وفى الاقضية مسئلتان يدلان على القبول انتهى وفى فتاوى رشيد الدين لو ادعى ملكا مطلقا فشهدوا عليه بسبب ثم شهدوا على المطلق لا تقبل لانهم اذا شهدوا على الملك بسبب حمل دعوى الملك المطلق عليه فلا تقبل شهادتهم على المطلق بعد ذلك ولو شهدوا على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب يقبل لانهم شهدوا ببعض ما شهدوا به اولا فتقبل اما النكاح فلو ادعى على امرأة انها امرأته بسبب انه تزوجها بكذا فشهدوا انها منكوحته بلا زيادة تقبل ويقضى بمهر المثل ان كان قدر المسمى او اقل فان زاد على المسمى لا يقضى بالزيادة ولو لم يذكر المال والباقى بحاله قضى بالنكاح فقط ولو ادعى المطلق فشهد احدهما به والاخر مع السبب يقبل ويقضى بالملك الحادث كما لو شهدا جميعا بالملك الحادث وكل ما كان بسبب عقد شراء او هبة او غيرهما فهو ملك حادث وان ادعى بسبب فشهد احدهما به والاخر مطلقا لا تقبل كما اذا شهدا جميعا بالطلاق وفيها لو ادعى النتاج فشهدوا على المطلق تقبل ولو ادعى المطلق فشهدوا على النتاج لا تقبل لان دعوى الملك المطلق دعوى اولية على سبيل الاحتمال والشهادة على النتاج شهادة على الاولية على اليقين فشهدوا باكثر مما ادعاه فلا تقبل قال وهذه المسئلة دليل على انه لو ادعى على النتاج او الاثم ادعى الملك المطلق تقبل ولو ادعى المطلق او الاثم النتاج لا تقبل وفى المحيط لو ادعى الملك بالنتاج وشهدوا على الملك بسبب لا يقبل بخلاف ما لو ادعى المطلق وشهد عليه بسبب حيث تقبل انتهى ولا يشكل انه لو ادعى النتاج فشهدوا بسبب اخر انه لا تقبل وفى الفصول القاضى اذا سال الشهود قبل الدعوى عن لون الدابة فقالوا كذا ثم عند الدعوى شهدوا بخلافه تقبل لانه سالهم عما لا يكلف بيانه فهو كالمعدوم قال رشيد الدين ويخرج من هذا كثير من المسائل ولو ادعى ملكا مطلقا فى برذون فقال قبضته منى من شهر فشهدوا بلا تاريخ لا تقبل وعلى العكس تقبل على المختار ودعوى الملك بسبب الارث كدعوى الملك المطلق وينبغى ان يستثنى ما اذا ارخ ففى الخلاصة ادعى دارا فى يد رجل انها ملك ابيه مات وتركها ميراثا له منذ سنة فشهدوا انه اشتراها من المدعى عليه منذ سنتين لا يقبل الا اذا وفق وقال اشتريتها منه سنتين وبعتها من ابى منذ سنة ثم ورثتها منه واقام البينة على هذا التوفيق واذا ارخ احد الشاهدين دون الاخر لا يقبل فى دعوى الملك المورخ وتقبل فى دعوى غير المورخ ولو ادعى الشراء بسبب ارخه فشهدوا بالشراء بلا تاريخ تقبل وعلى القلب لا ولو كان للشراء شهران وارخوا شهرا تقبل وعلى القلب لا ولو ارخ المطلق بان قال هذا العين لى منذ سنة فشهدوا انه له منذ سنتين لا تقبل ولو قال منذ سنتين وشهدوا انه له منذ سنة تقبل ولو ادعى انه قبض منى عشرة دنانير بغير حق

فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف في الثمن يقضي بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى اقل المالين او اكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية وفيما اذا كان المدعي هو الزوج اجماع على انه لا تقبل لان مقصوده قد يكون المال ومقصودها ليس الا العقد وقيل الخلاف في الفصلين وهذا اصح والوجه ما ذكرناه

فشهدوا على الغصب تقبل ويحمل على انه قبض في الحال وعليه شهدوا وقد منا من مسائل القبض شيئا دار في يد رجلين اقتسماها بعد الدعوى او قبلها وغاب احدهما فادعى رجل على الحاضر ان له نصف هذه الدار مشاعا وفي يده نصفها مقسومة فشهدوا ان له النصف الذي في يد الحاضر فهي باطلة لانها اكثر من المدعى به ومثله لو ادعى دارا واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومرافقها وشهدوا انها له ولم يستثنوا الحقوق والمرافق لا تقبل وكذا لو استثنى بيتا ولم يستثنوه الا اذا وفق فقال صدقوا لكني بعت ذلك البيت منها فتقبل وفي المحيط نقلا من الاقضية وادب القاضي للخصاف اذا ادعى الملك للحال فشهدوا ان هذا العين كان له تقبل لانها اثبتت الملك في الماضي فيحكم به في الحال ما لم يعلم المزيل قال العمادي فعلى هذا اذا ادعى الدين وشهد شاهدان انه كان له عليه كذا او قال بالفارسية اين مقدار زر بر ذمه اين مدعى عليه بود مر اين مدعى را ينبغي ان تقبل كما في دعوى العين انتهى ونظيرها في دعوى العين ما ذكر رشيد الدين اذا قالوا نشهد ان هذا قد ملكه تقبل كما لو قالوا نشهد انه ملكه في الحال قال ولا يجوز للقاضي ان يقول امروز ملك وے ميدانيد انتهى ومعنى هذا لا يحل للقاضي ان يقول هل تعلمون انه ملكه اليوم نعم ينبغي للقاضي ان يقول بل تعلمون انه خرج عن ملكه فقط ذكره في المحيط فيما اذا ادعى ملكا مطلقا في عين فشهدوا انه ورثه من ابيه ولم يتعرضوا الملك في الحال او شهدوا انه اشتراه من فلان وفلان يملكه ولم يتعرضوا الملك في الحال يقبل ويقضي بالعين للمدعي لكن ينبغي ان يسألهم القاضي الى آخر ما ذكرنا وكذا اذا ادعى ان هذه زوجته فشهدوا انه كان تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل هذا كله اذا شهدوا بالملك في الماضي اما لو شهدوا بالملك في الماضي وقد ادعى الآن لا يقضي للمدعي به في ظاهر الرواية وان كانت اليد تسمع الشهادة بالملك على ما اسلفنا وعن ابي يوسف يقضي بها وخرج العمادي على هذا ما نقل عن الواقعات لو اقر مديون رجل عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين انه قضى دينه ان شاهدي الاقرار يشهدان انه كان له عليه دين ولا يشهدان ان له عليه فقال هذا ايضا دليل على انه اذا ادعى الدين وشهدوا انه كان له عليه تقبل وهذا غلط فان مقتضاه ان لا فرق بين الشهادة بانه كان له عليه وان له عليه في الحال ان صاحب الواقعات فرق حيث قال يشهدان انه كان له عليه فلو لم يكن بينهما فرق لم يكن لمنعه من احدهما دون الآخر معنى والذي يقتضيه الفقه انهما اذا ثبت عندهما بشهادة العدلين انه قضاه ذلك الدين الذي اقر به عندهما بعينه بطريق افادتهما ذلك ان لا يشهدا كما عرف فيما اذا علم شاهد الالف انه قضاه منها خمسمائة لا يشهد حتى تقر بقبضها والله اعلم وعكس ما نحن فيه لو ادعى في الماضي بان قال هذه الجارية كانت ملكي فشهدوا انها له اختلف في قبولها والاصح لا تقبل وكذا لو شهدوا على طبق دعواه بان شهدوا انها كانت له لا تقبل لان اسناد المدعي دليل على نفي ملكه في الحال اذ لا فائدة له في الاقتصار على ان ملكه كان في الماضي الا ذلك بخلاف الشاهد اذا شهد ذلك لا يدل على نفيهما اياه في الحال لجواز قصدهما الى الاحتراس عن الاخبار بما لا علم لهما به لانهما اذا لم يعلما سوى ثبوته في الماضي ولم يعلما انتقاله فقد يكون انتقل في نفس الامر فيحترس عنه الشاهد وان كان ثبت للحال بالاستصحاب وفي الخلاصة ادعى النقرة الجيدة وبين الوزن فشهد على النقرة والوزن ولم يذكر جيدة او ردية او وسطا تقبل ويقضي بالردى بخلاف ما لو ادعى لغير دقيق مع النخالة فشهدوا من غير نخالة او منخول لا فشهدوا على غير المنخول لا تقبل وفيها لو ادعى على رجل الفا من ثمن بيت فشهدوا على الف من ضمان جارية غصبها فهلكت عنده لا تقبل وعن هذا ذكر في المسئلة المسطورة وهي ما اذا شهدا بالف من ثمن جارية باعها منه فقال البائع انه اشهدهما عليه بذلك والذي لي عليه ثمن متاع تقبل شهادتهما فقال في الخلاصة هو محمول على انهما شهدا على اقراره بذلك اي اقرار المدعى عليه بثمن الجارية لان بمثله في الاقرار تقبل لما ذكروا في المسئلة المذكورة قبلها وهي الكفالة اذا شهدوا انه كفل بالف عن فلان فقال

فصل في الشهادة على الارث **قال** ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت الملك للمورث لا يقضى به للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل الا انه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما نذكره ان شاء الله تعالى وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب

الطالب هو اقر بذلك لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كان له ان يأخذه بالمال لانهما اتفقا فيما هو المقصود فلا يضرهما الاختلاف في السبب ومثله ادعى انه اجره دارا وقبض مال الاجارة ومات فانفسخت الاجارة وطلب مال الاجارة فشهدوا ان الآجر اقر بقبض مال الاجارة تقبل وان لم يشهدوا على عقد الاجارة لانهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الاجارة ولو ادعى الدين او القرض فشهدوا على اقراره بالمال تقبل ولو شهد احدهما به والآخر بالاقرار به فقد اطلق القبول في المحيط والعمدة وقال قاضي خان قالوا تقبل عند ابي يوسف رح ولو ادعى قرضا فشهدوا ان المدعي دفع اليه كذا ولم يقولوا او قبضها المدعى عليه يثبت قبضه كالشهادة على البيع شهادة على الشراء واذا ثبت القبض لذلك يكون القول لذي اليد انه قبض بجهة الامانة فيحتاج الى بينة على انه بجهة القرض اذا ادعى ولو ادعى انه قضاه دينه فشهد احدهما به والآخر باقراره انه قضاه لا تقبل ولو شهدا جميعا بالاقرار قبلت ولو ادعى شراء داره من رجل فشهدا انه اشتراها من وكيله لا تقبل وكذا لو شهدا ان فلانا باعها منه وهذا المدعى عليه اجاز البيع ادعى انك قبضت من مالي جملا بغير حق مثلا وذكر سنه وقيمته فشهدا انه قبض من فلان غير المدعي تقبل فيجبر على احضاره لانه قال من مالي ولم يقل قبضت مني فلا يكون ما شهدا به مناقضه فيحضر ليشير اليه بالدعوى التسليم الثاني اختلاف الشاهدين ادعى بالمبيع عيبا فشهد احدهما انه اشتراه وبه هذا العيب وشهد الآخر على اقرار البائع به لا يقبل كما لو ادعى عينا انه له فشهد احدهما انه ملكه والآخر على اقرار ذي اليد انه ملكه لا يقبل ومثله دعوى الرهن فشهد به بمعاينة القبض والآخر على اقرار الراهن بقبضه لا يقبل قال ظهير الدين الرهن في هذا كالغصب وكذا الوديعة لو ادعاها فشهدا باقرار المودع قبلت ولو شهد احدهما بها والآخر بالاقرار بها لا تقبل على قياس الغصب وعلى قياس القرض تقبل بخلاف ما لو ادعى انه باع بيع الوفاء فشهدا انه باع بشرط الوفاء والآخر ان المشتري اقر بذلك تقبل لان لفظ البيع في الاخبار والانشاء واحد ومثله ادعت صداقها فقال وهبتني اياه فشهد احدهما على الهبة والآخر على الابراء تقبل للموافقة لان حكمهما واحد وهو السقوط وقيل لا للاختلاف لان الابراء اسقاط والهبة تمليك والاول اوجه لانه وان كان اسقاطا يتضمن التمليك ولهذا يرتد بالرد ولو شهد على اقرار المدعى عليه ان المدعى به في يده والآخر انه في يده لا تقبل وفي المحيط ادعى دارا فشهدا انها داره والآخر على اقرار ذي اليد انها له لا تقبل بخلاف ما لو شهد احدهما على الدين والآخر على الاقرار انه تقبل واذا رجعت القاعدة التي اسلفنا من الفرق بين اختلاف الشاهدين على القول والفعل خرجت كثير من الفروع والله سبحانه اعلم

فصل في الشهادة على الارث وجه المناسبة بين تعقيب الشهادة بملك متجدد لحي عن ميت على الشهادة بملك متجدد لحي عن حي ظاهر **قوله** ومن اقام بينة الخ اختلف علمائنا في انه هل يتوقف القضاء للوارث بالشهادة على ملك الميت على الجر والنقل وهو ان يقول الشهود في شهادتهم مات وتركها ميراثا لهذا المدعي فعند ابي يوسف لا وعند ابي حنيفة ومحمد نعم وجه قول ابي يوسف ما ذكر المص بقوله هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث لانه يصير ملكه خلافة ولهذا يخاصم ويرد بالعيب وعليه ويصير مغرورا ان كان المورث مغرورا فالشهادة بالملك للمورث شهادة به فلا حاجة الى امر زائد يشترط للقضاء به له وقد ظهر بهذا محل الخلاف هو شهادتهم انه كان ملك الميت بلا زيادة ولو شهدوا انها لابيه لا تقبل ذكره محمد بلا ذكر خلاف فقيل تقبل عند ابي يوسف وقيل لا تقبل بالاتفاق وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في العين حتى وجب على الوارث استبراء الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان تصدق به على المورث الفقير من زكوة او كفارة

لان يد المستعير والمودع والمستاجر قائمة مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل وان شهدوا انها كانت في يد فلان مات وهي في يديه جازت الشهادة لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت وان قالوا لرجل حي نشهد انها كانت في يد المدعي منذ اشهر لم تقبل وعن ابي يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا وصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعاينة

فلا بد من ذكرهما الجر والانتقال غير انه لا يشترط ذكر ذلك نصا بل اما نصا كما ذكرنا من قولهم مات وتركها ميراثا له او شهدوا بالملك للمورث عند الموت او بما يقوم مقامه وهو اليد عند الموت ولا يخفى ان ابا يوسف تعرف بان ملك الوارث متجدد لكن تجدده لازم شرعي لما شهدوا به فلا حاجة الى ذكره في شهادتهما اذا عرف هذا فالمسألة التي ذكرها المصنف اتفاقية وهو قوله ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه ياخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له اما على قول ابي يوسف فظاهر واما على قولهما فلان الشهادة على الملك وقت الموت او اليد وقت الموت يقوم مقام ذلك وقد وجد الثاني في مسألة الكتاب لانه اثبت اليد عند الموت حيث شهد انها معارة منه او مودعة عند الموت لان يد المستعير والمودع والمستاجر كيد المعير واخويه وقد طولب بالفرق بين هذا وما اذا شهد المدعي ملك عين في يد رجل بانها كانت ملك المدعي او انه كان ملكها حيث يقضي بها وان لم يشهدا انها ملكه الى الآن ولذا لو شهدوا المدعي عين في يد انسان انه اشتراها من فلان الغائب ولم يقم بينة على ملك البائع وذو اليد ينكر ملك البائع فانه يحتاج الى بينة على ملكه فاذا شهدا بملكه قضي للمشتري بها وان لم يشهدوا على انها ملكه يوم البيع وهذا اشبه بمسألتنا فان كلا من الشراء والارث يوجب تجدد الملك والجواب انهما اذا لم ينصا على ثبوت ملكه حالة الموت فانما يثبت بالاستصحاب والثابت به حجة لابقاء الثابت لا لاثبات ما لم يكن وهو المحتاج اليه في الوارث بخلاف مدعي العين فان الثابت بالاستصحاب بقاء ملكه لا تجدده وبخلاف مسألة الشراء فان الملك مضاف اليه لا الى ملك البائع وان كان لا بد لثبوت ملك المشتري من بقائه لان الشراء آخرهما وجودا وهو سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق لو لم يوجبه فيكون مضافا الى الشراء وهو ثابت بالبينة اما هنا فثبوت ملك الوارث مضاف الى كون المال ملكا للميت وقت الموت لا الى الموت لانه ليس سببا موضوعا للملك بل عنده يثبت ان كان له مال فارغ والله سبحانه اعلم هذا اذا شهدا انها كانت معارة او مودعة فلو شهدا انها كانت في يد ابيه مات وهي في يده والاب هو المراد بلفظ فلان في قول المصنف انها كانت في يد فلان يعني ابا الوارث المدعي جازت الشهادة فيقضى بالدار للوارث لاثباتهما اليد للميت الى حين الموت وبذلك يثبت الملك له او لان اليد وان تنوعت الى يد غصب وامانة وملك فانها عند الموت من غير بيان تصير يد ملك لما عرف فان كلا من الغاصب والمودع اذا مات مجهلا يصير المغصوب والوديعة ملكا له لصيرورته مضمونا عليه شرعا ولا يجتمع البدلان في ملك مالك والوديعة والمغصوب منه هذا اذا شهدا كذلك للميت فلو شهدا للحي ادعى عينا في يد شخص كذلك اي شهدا انها كانت في يد هذا المدعي منذ شهر او اقل او اكثر لم يذكرا وقتا قال ابو يوسف هي كالتي للميت فيقضى للمدعي بالعين المذكورة وقالا لا يقضى بها للمدعي بهذه الشهادة لابي يوسف ان اليد المقصودة كالملك ولو شهدا في هذه الصورة انها كانت ملكا للمدعي تقبل على ما قدمناه في الفروع استصحابا بالملك الى وقت الدعوى كذا هنا استصحابا باليد الى وقت الدعوى وصار كما لو شهدوا انه اخذها منه يقضى بالرد بهذه الشهادة وجه الظاهر من قول ابي يوسف وهو وجه قولهما ان الشهادة وقعت كونها بيد منقضية شهادة بمجهول لان اليد متنوعة الى ملك وامانة وضمان ولم يلزم احدها بالبينة لترتفع الجهالة فتعذر القضاء بهذه الشهادة لتعذر القضاء بالمجهول بخلاف مثلها في الميت لانه لزم احد جهاتها بالموت وهو يد الملك فامكن القضاء بخلاف الاخذ فان له موجبا معلوما وهو الرد من حيث هو اخذ الى ان يثبت به ثبوت انه اخذ حقه فحال عدم على اليد ما اخذت حتى ترده فيقضى به ايضا اليد معاين للمدعي عليه ويد المدعي مشهود بها مخبر عنه وليس الخبر كالمعاينة فيترجح المدعى عليه فلا يقضى به للمدعي واستشكل عليه بينة الخارج مع ذي اليد وكذا بينة مدعي الملك المطلق مع ذي اليد حيث ترجح بينة الخارج

وان قربين ذلك للمدعى عليه دفعت الى المدعى لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وان شهد شاهدان انه اقر انها كانت في يد المدعى دفعت اليه لان المشهود به ههنا الاقرار وهو معلوم

باب الشهادة على الشهادة

قال الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة

الملك اجيب بان ذلك مسلم فيما لا تتنوع كبينة الخارج ومدعى الملك المطلق بخلاف ما تتنوع وهذا الجواب حاصله ان المعاينة كانت تقدم لو لم تلزم الجهالة في المقضي وهو في التحقيق يصير الى الوجه الاول ويبطل استقلال الثاني فتامل ليسير قوله وان اقر الى آخره يعني لو قال المدعى عليه بالدار التي في يده هذه الدار كانت في يد المدعي دفعت للمدعي وان كانت اليد متنوعة لان حاصل ذلك جهالة في المقر به وهي لا تمنع صحة الاقرار بل يصح ويلزم البيان فانه لو قال لفلان على شيء صح ويجبر على البيان وكذا لو شهد شاهدان ان المدعى عليه اقر بانها كانت في يد المدعي تقبل لان المشهود الاقرار وهو معلوم وانما الجهالة في المقر به وهي لا تمنع صحة القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدا على اقرار المدعى عليه ان له عليه شيئا جازت ويؤمر بالبيان تتمة شرط الشهادة بالارث ان يشهدا انه كان لمورثه فلو قالوا لمورثه تقدم ان محمدا قال لا يصح ولم يحك خلافا لان المورث ان كان حيا فالمدعي ليس خصما وان كان ميتا فاثبات الملك للميت محال وتقدم قول بعضهم انها تصح على قول ابي يوسف وهو غير بعيد لانا نقطع بان الشاهد لم يرد هذا المعنى بل ملكه حال حياته فكان كالاول ولا بد ان يدرك الشهود الميت لان الشهادة على الملك لا تجوز بالتسامع وان بينوا جهة الاستحقاق حتى لو قالوا اخوه مات وتركها ميراثا له لا تقبل ما لم يقولوا لابيه او لامه او لهما لان الارث يختلف باختلاف الجهات وكذا لو قالوا كان لجده ولم يقولوا مات وتركها ميراثا لابيه ثم مات ابوه وتركها ميراثا له ولم يشترط ابو يوسف على ما عرف في الخلافية غير انه يسأل البينة عن عدم الورثة للقضاء ولو اشهدوا انه كان لابيه تركه ميراثا له ولم يقولوا لا نعلم له وارثا سواه فان كان ممن يرث في حال دون حال لا يقضي لاحتمال عدم استحقاقه او يرث على كل حال احتياط القاضي وينتظر هل له وارث آخر او لا ثم يقضي بكله وان كان نصيبه يختلف في الاحوال يقضي بالاقل فيقضي في المذهب بالربع والزوجة بالثمن الا ان يقولوا لا نعلم له وارثا غيره وقال محمد وهو رواية عن ابي حنيفة يقضي بالاكثر والظاهر الاول وليس الاصل ان لا يكون له وارث ويأخذ القاضي كفيلا عندهما لا عنده على ما تقدم ولو قالوا لا نعلم له وارثا بهذا الموضع كفى عند ابي حنيفة خلافا لهما فرع اذا شهدا انه ابن هذا او وارث فلان لا نعلم له وارثا غيره ولم يذكر سببا يرث به فالشهادة باطلة حتى يبينا سبب الارث وكذا اذا شهدا انه اخوه او عمه او ابن عمه او جده او جدته لا تقبل حتى يبينا طريق الاخوة والعمومة انه لاب او شقيق وينسب الميت والوارث حتى يلتقيا الى اب واحد ولا يذكر العليا انه وارثه وهل يشترط قوله ووارثه في الابن والام والولد قيل يشترط والفتوى على انه لا يشترط قوله وارثه وكل من لا يحجب بحال لا يشترط قوله وارثه وفي الشهادة بانه ابن ابن الميت او بنت ابنه لا بد من قوله لاب وفي الشهادة انه مولاه لا بد من بيان انه اعتقه ولا يشترط ذكر اسم ابي الميت حتى لو شهدا انه جد الميت ابو ابيه ووارثه ولم يسموا ابا الميت قبلت وفي الاقضية شهدا انه جد الميت وقضي له ثم جاء آخر وادعى انه ابو الميت وبرهن فالثاني احق بالميراث شهدا انه اخو الميت ووارثه وقضي به ثم شهد شاهدان لآخر انه ابن الميت لا يبطل القضاء للاول بل يضمنان للابن ما اخذ الاول من الارث ولو شهدا آخران ان الثاني ابن الميت تقبل وفي الزيادات شهدا ان قاضي بلد كذا فلان بن فلان قضى بان هذا وارث فلان الميت لا وارث له غيره فالقاضي يحتاط ويسأل المدعي عن نسبه فان لم يبين امضى القضاء للاول لعدم المنازع في الحال فان جاء آخر وبين انه وارثه فان كان اقرب من الاول قضى للثاني وان كان ابعد منه لا يلتفت اليه وان زاحمه بان كان مثلا الاول ابنا والثاني ابا قضى بالميراث بينهما على قدر حقهما لامكان العمل بهما والله سبحانه ومن ثم الميراث

باب الشهادة على الشهادة لما فرغ من بيان احكام شهادة الاصول شرع في بيان احكام شهادة الفروع قوله الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق يثبت مع الشبهة فخرج ما لا يثبت معها وهو الحدود والقصاص واما التعزير ففي الاجناس من نوادر ابن رستم عن محمد يجوز في التعزير والعفو والشهادة على الشهادة ونص الفقيه ابو الليث على ان كتاب القاضي الى القاضي لا يجوز فيه الشهادة على الشهادة وفي فتاوى قاضي خان الشهادة على الشهادة

وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على الشهادة ادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص وتجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين وقال الشافعي لا يجوز الا الاربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام شاهد فصار كالمرأتين ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك رحمه الله ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة

جائزة في الاموال وسائر الحقوق واقضية القضاة وكتبهم وكل شيء الا الحدود والقصاص وبقولنا هذا قال احمد والشافعي في قول واصح قوليه وهو قول مالك تقبل في الحدود والقصاص ايضا لان الفروع عدول نقلوا شهادة الاصول فالحكم بشهادة الاصول الا بشهادتهم وصاروا كالمترجمين قوله وهذا استحسان اي جواز الشهادة على الشهادة والقياس ان لا يجوز لانها عبادة بدنية وجبت على الاصل وليس للمشهود له حتى لا تجوز الخصومة فيها والاجبار عليها والنيابة في العبادة البدنية لا تجوز ولان كون قول انسان ينفذ على مثله ويلزمه ما نسبه اليه وهو ينفيه وبرأ منه انما عرف حجة شرعا عند قدر من احتمال الكذب وهو ما في شهادة الاصول لعدم العصمة من الكذب والسهو فلا يكون حجة لذلك عند زيادة الاحتمال فكيف اذا كان الثابت ضعف ذلك الاحتمال وهو في شهادة الفرعين وان اختلف محل الاداء فان محله في الاصليين في اثبات حق المدعي وفي الفرعين ما يشهدان به من شهادة الاصليين ثم يرجع الى الحق المدعى به لكن لما كان الشاهد قد يعجز عن الاداء لموته او غيبته او مرضه فيضيع الحق اثبتها اهل الاجماع صيانة لحقوق الناس لا يقال يستغنى عن ذلك بجنس الشهود بان يستشهد على كل حق عشرة مثلا فيبعد موت الكل قبل دعوى المدعي لانا نقول المدعي جاز كونه وارث وارث صاحب الحق على مثله وقد انقرض الكل فالحاجة متحققة اليها ولما كانت الحقوق منها ما يحتاط في اثباته ومنها ما اوجب الشرع الاحتياط في درئه وهو الحدود والقصاص لو اجزنا فيها الشهادة على الشهادة مع ثبوت ضعف احتمال الكذب كان خلاف الشرع والمص علل بهذا وبما فيها من شبهة البدلية فاورد على هذا لو كانت بدلا لم تجز شهادة اصل مع فرعين اذ البدل لا يجامع الاصل ولا شيء منه واجيب بان البدلية هنا بحسب المشهود به فان علمنا ثبوت المشهود للاصول فيه شبهة كما ذكرنا وبالشهادة على شهادتهم تمكنت فيه شبهة اخرى لا تجب لشهادة الاصول لان شهادتهم عيان ولا يخفى ما فيه وبعد تحمله انه يرده الى التعليل الآخر وهو كثرة الاحتمال تبادل يسير فلا يكونان تعليلين وهو خلاف ما ذكر المص لا جرم ان اصل السؤال غير وارد لانه انما يرد على حقيقة البدلية والمص انما قال فيه شبهة البدلية لا حقيقتها فان قيل ذكر في المبسوط ان الشاهدين لو شهدا على شهادة شاهدين ان قاضي بلدة كذا حد فلانا في قذف تقبل حتى ترد شهادة فلان اجيب بان لا نقض فان المشهود به فعل القاضي وهو مما يثبت مع الشبهات والمراد من الشهادة بالحدود الشهادة بوقوع اسبابها الموجبة لها فاورد ان فعل القاضي موجب لرد ما ورد ما من حده فهو موجب للحد اجيب بالمنع بل الموجب لرد ما اذا كان من حده فهو ما يوجب الحد والذي يوجبه هو القذف نفسه على ان في المحيط ذكر محمد في الزيادات لا تقبل هذه الشهادة قوله ويجوز شهادة شاهدين او شهادة رجل وامرأتين على شهادة شاهدين يعني اذا شهدا على شهادة كل من الشاهدين فيكون لهما شهادتان شهادتهما على شهادة هذا وشهادتهما ايضا على شهادة الآخر اما لو شهدا على شهادتهما بمعنى شهد احد على شهادة اصل والآخر على شهادة كل ان الاصل الآخر فلا يجوز الا على قول مالك على ما نقل عنه في كتب اصحابنا لكن في كتب اصحابه انه لا يجوز في الجملة ان على قول احمد وابن ابي ليلى وابن شبرمة والحسن البصري والعنبري وعثمان البتي واسحق تجوز الشهادة لان الفرع قائم مقام الاصل بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القضاء كانه شهد بنفسه واعتبروه برواية الاخبار ولنا ما عن علي لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ذكره المص وهو بهذا اللفظ غريب والذي في مصنف عبد الرزاق انا ابراهيم بن ابي يحيى الاسلمي عن حسين بن ضميرة عن ابيه عن جده عن علي قال لا تجوز على شهادة الميت الا رجلان واسند ابن ابي شيبة ثنا وكيع عن اسمعيل الازرق عن الشعبي قال لا تجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين ولان شهادة كل من الاصليين هي المشهود بها فلا بد ان يجتمع على كل مشهود به شاهدان حتى لو كانت امرأة شاهدة مع الاصول لا تجوز على شهادتها الا رجلان او رجل وامرأتان وقال الشافعي في احد قوليه لا يجوز واختاره المزني

وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان ابن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء وان لم يقل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من هذا واقصر منه وخير الامور اوسطها

لان الفرعين يقومان مقام اصل واحد كالمرأتين فلا تقوم الحجة بهما كالمرأتين لما قامتا مقام رجل واحد لا تقضي بشهادتهما ولان احدهما لو كان اصلا فشهد بشهادة ثم شهد مع فرع على شهادة الاصل الآخر لا يجوز اتفاقا فكذا اذا شهدا جميعا على شهادة الاصليين وفي قول آخر للشافعي يجوز كقولنا وهو قول مالك واحمد لما روينا من قول علي فانه يتنظم بالاثنين محل النزاع ولان حاصل امرهما انما شهدا بحق هو شهادة احد الاصليين ثم شهدا بحق آخر هو شهادة الاصل الآخر ولا مانع من ان يشهد شاهدان بحقوق كثيرة بخلاف ما اذا الاصل بالشهادة لنفسه ثم بشهادة على الاصل الآخر مع آخر فانه انما يجوز لان فيه يجتمع البدل والمبدل بخلاف ما لو شهد بشهادته وشهد اثنان على شهادة الاصل الآخر حيث تجوز وقوله وهو حجة على مالك فيه نظر اذ كتبهم ناطقة بان شهادة الواحد على الاصل لا تجوز وانما نقل هذا عن احمد وابن ابي ليلى وابن شبرمة والحسن البصري والعنبري وعثمان البتي واسحق لان الفرع قائم مقام الاصل بمنزلة رسوله كما قدمنا وما ذكره المص رواية عنه وانما نقل هذا عمن تقدم في الحلية لما تقدم من ان الفرع كرسوله وكرواية الاخبار ويدفعه ما ذكرنا عن علي رضي الله عنه ان كل واحد حق فلا يثبت الا باثنين وذكر في المستوعب للحنابلة عن احمد لا بد من اربعة فروع ليشهد كل فرع على واحد من الاصليين قوله وصفة الاشهاد اي اشهاد شاهد الاصل شاهد الفرع ان يقول شاهد الاصل له اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان ابن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه انما شرط اشهاد الاصل الفرع في شهادة الفرع لانه كالنائب عنه فلا بد من الاستنابة وذلك بالتحميل بخلاف شاهد الاصل تجوز على المقر وان لم يحمله وكذا كل من شاهد امرا غير الشهادة له ان يشهد به وان لم يحمل كالاقرار والبيع والغصب على ما مر يعني في فصل ما تحمله الشاهد وانما لم نقل لانه نائب عنه لانه لو كان حقيقة النائب لم يجز القضاء بشهادة فرعين على شهادة اصل واحد لامتناع الجمع بين الاصل والخلف لكنه جائز وقوله ولا بد ان يشهد اي شاهد الاصل عند الفرع قوله كما يشهد شاهد الاصل عند القاضي لينقله الفرع الى مجلس القضاء وان لم يذكر شاهد الاصل في شهادته عند الفرع قوله واشهدني يعني المقر على نفسه بذلك جاز لما ذكرنا آنفا من الفرق واذا وقع التحميل بما ذكر فيقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلان بن فلان وليعرفه اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك فلا بد من ذكر الفرع بعد شاهد الاصل فلزم فيه خمس شينات وذلك لانه لا بد للفرع في شهادته وذكر شهادة الاصل والتحميل قال المص ولها اي ولشهادة الاداء من الفرع بلفظ اطول من هذا واقصر من هذا الاطول فان يقول اشهد ان فلانا شهد ان لفلان على فلان كذا واشهدني على شهادته وامرني ان اشهد على شهادته وانا الان اشهد على شهادته بذلك فيلزم ثمان شينات واما الاقصر فان يقول الفرع اشهد على شهادة فلان بان فلانا اقر عنده بكذا ففيه شينان وهو اختيار الفقيه ابي الليث واستاذه ابي جعفر وعلى فتوى شمس الائمة السرخسي به وهكذا ذكره محمد في السير الكبير وبه قالت الائمة الثلاثة وحكى ان فقهاء زمن ابي جعفر خالفوا واشترطوا زيادة تطويل فاخرج ابو جعفر الرواية من السير الكبير فانقادوا له قال في الذخيرة فلو اعتمد احد على هذا كان اسهل وكلام المص يقتضي ترجيح كلام القدوري المشتمل على خمس شينات حيث حكاه وذكر ان ثم اطول منه واقصر ثم قال وخير الامور اوساطها وذكر ابو نصر البغدادي شارح القدوري اقصر آخر بثلاث شينات قال ويمكن الاقتصار من جميع ذلك على ثلاثة الفاظ وهو ان يقول اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا ثم قال وما ذكره صاحب الكتاب يعني القدوري اولى واحوط ثم حكى خلافا بين ابي حنيفة ومحمد وبين ابي يوسف وان قوله وقال لي اشهد على شهادتي شرط عند ابي حنيفة ومحمد فلا يجوز تركه وعند ابي يوسف رحمه الله يجوز قال وجه قولهما انه اذا لم يقله احتمل ان يكون امره ان يشهد مثل شهادته وهو كذب ويحتمل انه امره على وجه التحميل فلا يثبت النائب بالشك ولابي يوسف ان امر الشاهد محمول على الصحة ما امكن فيحمل لذلك على التحميل انتهى والوجه في شهود الزمان القول بقولهما وان كان فيهم العارف المتدين لان الحكم للغالب خصوصا المتخذ بها مكسبة للدراهم وقولهم في اعطاء الصورة اشهد لي على شهادة فلان ونحوها المراد منه التمثيل والا فلا بد

ومن قال أشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي لأنه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد لأن القضاء عنده بشهادة الفروع والأصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لأنه لا بد من نقل شهادة الأصول ليصير حجة فيظهر تحميل ما هو حجة

قال ولا تقبل شهادة شهود الفرع إلا أن يموت شهود الأصل أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا أو يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم لأن جوازها للحاجة وإنما تمس عند عجز الأصل وبهذه الأشياء يتحقق العجز وإنما اعتبرنا السفر لأن المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى أدير عليها عدة من الأحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن أبي يوسف أنه إن كان في مكان لو غدا لأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح الإشهاد إحياء لحقوق الناس قالوا الأول أحسن والثاني أرفق وبه أخذ الفقيه أبو الليث

إن لم يعرف شاهد الأصل. وفي الفتاوى الصغرى شهود الفرع يجب أن يذكروا أسماء الأصول وأسماء آبائهم وأجدادهم حتى لو قالا نشهد أن رجلين نعرفهما أشهدانا على شهادتهما أنهما يشهدان بكذا وقالا لا نسميهما أو لا نعرف أسماءهما لم تقبل لأنهما تحملا مجازفة لا عن معرفة. **قوله** ومن قال أشهدني فلان إلخ أي قال شاهد عند آخر أشهدني فلان على نفسه بكذا لا يسع للسامع أن يشهد على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي بذلك، ووجهه المصنف بأنه لا بد من التحميل، أما عند محمد فلأنه يقول باشتراك الأصول والفروع في الضمان إذا رجعوا يعني أن محمدا يخير المشهود عليه بين تضمين الأصول والفروع، وليس المراد ما يعطيه ظاهر اللفظ من أنه يضمن الكل معا، فإن اختار تضمين الفروع لا يرجعون على الأصول كما في باب الغصب لو ضمن المالك الغاصب الثاني لا يرجع به على الغاصب الأول، وإن ضمن الأصول لا يرجعون على الفروع أيضا بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب يتخير المغصوب منه في التضمين أيهما شاء فإن ضمن الغاصب رجع على غاصبه. وأما عندهما فلأنه لا بد من التحميل لأنه لا بد من النقل يعني إلى مجلس القاضي ليصير حجة فيظهر بالنقل تحميل ما هو حجة يعني شهادة الأصول، وهذا الكلام يقتضي أن وجوب التحميل لوجوب النقل، والنقل لا يتحقق إلا بالتحميل حتى لو سمع شاهدا يقول لرجل اشهد على شهادتي إلخ ليس له أن يشهد على شهادته لأنه إنما حمل غيره، فإذا نقل ظهر للقاضي أنه وجد الشرط وهو التحميل فتثبت عنده الحجة، بخلاف ما لو سمع قاضيا يقول لآخر قضيت عليك بكذا أو على فلان فإنه يجب أن يشهد على قضائه بلا تحميل لأن قضاءه حجة كالبيع والإقرار بخلاف الشهادة ليس نفسها حجة حتى تتصل إلى القاضي. ولقائل أن يقول كون النقل إلى القاضي والحجية يتوقف على التحميل شرعا مما يحتاج إلى دليل إن لم يكن فيه إجماع الأمة وهو منتف على الأصح عند الشافعية، وإلا فالاتفاق على أن من سمع إقرار رجل له أن يشهد عليه بما سمع منه وإن لم يشهده بل ولو منعه من الشهادة بما سمع منه، فإخراج الإقرار بشهادة الشاهد شهادته على فلان يحتاج إلى دليل من الشرع. وذكر في الفتاوى الظهيرية في وجهه أمرا آخر وهو أن الأصل له منفعة في نقل شهادته فإن الشهادة حق عليه يلزمه أداؤه إذا طلب منه من هي له، ومقتضى هذا أنه لا يحتاج إلى التوكيل والتحميل لأن من عليه دين إذا تبرع إنسان بقضاء دينه جاز وإن لم يكن بأمره، لكن فيها مضرة به وهو لا يتيقن في تنفيذ قوله على المشهود عليه فيتوقف على أمره ورضاه فيشترط كمن له ولاية النكاح صغيرة لو زوجها إنسان لا بأمره لا يجوز لذلك. **قوله** ولا تقبل شهادة شهود الفرع إلا أن يموت شهود الأصل أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام ولياليها فصاعدا أو يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم لأن جوازها للحاجة وإنما تمس عند عجز الأصل وبهذه الأشياء يتحقق العجز، وإنما اعتبرنا السفر لأن المعجز بعد المسافة وقدرت بمسافة اعتبرها الشارع بعيدة حتى أثبت رخصا عندها من الفطر والقصر وامتداد مسح الخف وعدم وجوب الأضحية والجمعة. وعن أبي يوسف أنه لو كان في مكان لو غدا لأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله تقبل شهادة الفروع إحياء لحقوق الناس. قالوا الأول أحسن يعني من جهة الدليل لموافقته لحكم الشرع والثاني أرفق إحياء لحقوق الناس. وفي الذخيرة كثير من المشايخ أخذوا بهذه الرواية وبه أخذ الفقيه أبو الليث، وذكره محمد في السير الكبير. وعن محمد تجوز الشهادة كيفما كان حتى روي أنه إذا كان الأصل في زاوية المسجد فشهد الفرع في زاوية أخرى تقبل. وقال الإمام السرخسي وغيره يجب أن يجوز على قولهما خلافا لأبي حنيفة رحمه الله بناء على جواز التوكيل بالخصومة عندهما بلا رضا الخصم، وعنده لا إلا برضاه، والأقطع صرح به عنهما فقال قال أبو يوسف ومحمد تقبل، وفي الكافي أنه الأصح. فرع: خرس الأصلان أو عميا أو ارتدا والعياذ بالله أو فسقا لم تجز شهادة الفروع. ويجوز شهادة الابن على شهادة الأب، وعن محمد في رواية، والصحيح الجواز فيهما. ولو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة غيره صح. وتقبل الشهادة على الشهادة في النسب ككتاب القاضي إلى القاضي. وفي الأصل لو شهد رجلان على شهادة رجل وشهد أحدهما على شهادة نفسه في ذلك الحق فهو باطل، فإن شهادة الأصل الحاضر على شهادة الأصل الغائب غير مقبولة لأنها لو قبلت ثبت بشهادة الأصل الحاضر ثلاثة أرباع الحق، نصفه بشهادته وحده وربعه بشهادته مع آخر على شهادة الأصل الغائب، ولا يجوز أن يثبت بشهادة الواحد ثلاثة أرباع الحق. كذا ذكره الإمام السرخسي، ولم يزد في شرح الكافي على التعليل بأن شهادته لشهادة نفسه أصل وشهادته على غيره بدل ولا يجتمعان، بخلاف ما لو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة آخر فيصح. ولو شهد على شهادة رجلين فشهدا ولم يقض القاضي بشهادتهما حتى حضر الأصلان ونهيا الفروع عن الشهادة صح النهي عند عامة المشايخ، وقال بعضهم لا يصح، والأصح الأول. وتقبل الشهادة على الشهادة وإن كثرت. وإن سمعا قول حاكم حكمت بكذا على هذا ثم نصب حاكم غيره فلهما أن يشهدا أن القاضي قضى عليه، وإن كان سمعاه من القاضي في المصر

قال فإن عدل شهود الأصل شهود الفرع جاز لأنهم من أهل التزكية وكذا إذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صح لما قلنا غاية الأمر أن فيه منفعة له من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وأن قوله مقبول في حق نفسه وإن ردت شهادة صاحبه فلا تهمة قال وإن سكتوا عن تعديلهم جاز وينظر القاضي في حالهم وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا تقبل لأنه لا شهادة إلا بالعدالة فإن لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولأبي يوسف رحمه الله أن المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لأنه قد يخفى عليهم وإذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما إذا حضروا بأنفسهم وشهدوا قال وإن أنكر شهود الأصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع لأن التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط وإذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالف درهم وقالا أخبرانا أنهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا لا ندري أهي هذه أم لا فإنه يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان أنها فلانة لأن الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا إذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشتري

وسواده في رواية الحسن عن أبي حنيفة وهو الأقيس وعن أبي يوسف لا يجوز أن سمعاه في غير مجلس القاضي وهذا أحوط قوله فإن عدل شهود الأصل الخ شهود الأصل منصوب مفعول وشهود الفرع فاعل والحاصل أنه إذا شهد الفرعان فإن علم القاضي عدالة كل من الفروع والأصول قضى بموجب الشهادة وإن لم يعلم عدالة الأصول وعلم عدالة الفروع سأل الفروع عن عدالة الأصول فإن عدلوهم جاز لأنهم من أهل التزكية فتقبل وكذا لو شهد اثنان فعدل أحدهما وهو معلوم العدالة للقاضي الآخر جاز خلافا لقول بعض المشايخ أنه لا يجوز لأنه متهم في ذلك حيث كان بتعديله رفيقه يثبت القضاء بشهادته وذلك ما أشار إليه المصنف بقوله غاية الأمر أن فيه منفعة الخ لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه يعني أن شهادة نفسه تتضمن مثل هذه المنفعة وهي القضاء بها فكما أنه لم يعتبر الشرع مع عدالته ذلك مانعا كذا ما نحن فيه وإن سكتوا أي الفروع عن تعديل الأصول حين سألهم القاضي جازت شهادة الفروع ونظر القاضي في حال الأصول فإن عدلهم غيرهم قضى وإلا ردّ دون تعديلهم وهذا عند أبي يوسف وقال محمد إذا سكتوا أو قالوا لا نعرف عدالتهم لا تقبل شهادة الفروع لأن قبولها باعتبار أنها نقل شهادة ولم يثبت شهادة الأصول فلا تقبل شهادة الفروع ولأبي يوسف أن المأخوذ أي الواجب على الفروع ليس إلا نقل ما حملهم الأصول دون تعديلهم فإنه قد يخفى حالهم عنهم فإذا نقلوا ما حملوهم على القاضي أن يتعرف حالهم غير أن الفروع حاضرون وهم أهل التزكية إذا كانوا عدولا فسؤالهم أقرب للمسافة من سؤال غيرهم فإن كان عندهم علم فقد قصرت المسافة وإلا احتاج إلى تعرف حالهم من غيرهم كذا ذكر الخلاف الإمام في تهذيب أدب القاضي للخصاف صاحب البداية وذكر شمس الأئمة فيما إذا قال الفروع حين سألهم عن عدالة الأصول لا نخبرك بشيء لم تقبل شهادتهما أي الفروع في ظاهر الرواية لأن هذا ظاهر في الجرح كما لو قالوا نتهمهم في هذه الشهادة ثم قال وروي عن محمد أنه لا يكون جرحا لأنه يحتمل كونه توقيفا في حالهم فلا يثبت جرحا بالشك انتهى وعن أبي يوسف في غير هذه الرواية عن محمد أنها تقبل ويسأل غيرهما ولو قالا لا نعرف عدالتهما ولا عدمها فكذا الجواب فيما ذكره أبو علي السغدي وذكر الحلواني أنها تقبل ويسأل عن الأصول وهو الصحيح لأن الأصل بقي مستورا فيسأل عنه وذكر هشام عن محمد في عدل أشهد على شهادة شاهدين ثم غاب غيبة منقطعة نحو عشرين سنة ولا يدري أهو على عدالته أم لا فشهدا على تلك الشهادة ولم يجد الحاكم من يسأله عن حاله إن كان الأصل مشهورا كأبي حنيفة وسفيان الثوري قضى بشهادتهما عنه لأن عثرة المشهور يتحدث بها وإن كان غير مشهور لا يقضي به ولو أن فرعين معلوما عدالتهما شهدا عن أصل وقالا لا خير فيه وزكاه غيرهما لا تقبل شهادتهما وإن قال ذلك أحدهما لا يلتفت إلى جرحه ففي التتمة إذا شهدا أنه عدل وليس في المثل من يعرفه فإن كان ليس موضع المسألة يعني أن يخفي فيه المسألة سأل المعاملة عنه أو بعث من يسأل المعاملة عنه سرا فإن عدلاه قبل وإلا اكتفى بما أخبراه علانية قوله فإن أنكر شهود الأصل الشهادة لم تقبل شهادة الفروع لأن إنكارهما الشهادة إنكار للتحميل وهو شرط في القبول فوقع في التحميل تعارض خبرهما بوجوده وخبر الأصول بعدمه ولا ثبوت مع التعارض قوله وإذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم هكذا عبارة الجامع وتمامه فيه فيقولان قد أخبرانا أنهما يعرفانها فجاء بامرأة فيقولان ما ندري هي هذه أم لا فإنه يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان أنها فلانة الفلانية بعينها فإن غير الشهادة والصواف ذو قال فجاء بامرأة يعني المدعي جاء بها وهو المناسب وهذا لأن الشهادة بالألف على المعرفة بالنسبة وقد تحققت بالشهادة المذكورة للفروع والمدعي يدعي الألف على حاضرة جاز كونها غيرها فلا بد من التعريف للحاضرة بتلك النسبة التي هي شاهدة بالألف عليها قال المصنف ونظير هذا إذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة وقال قاضي خان وهذا كرجلين يشهدان أن فلانا اشترى دارا في بلد كذا بحدود كذا ولا يعرفان الدار بعينها يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان أن هذه الدار المحدودة المذكورة بهذه الحدود في يد هذا المدعى عليه ليصح القضاء وهذا التصوير أوفق بالكتاب حيث قال تحملوا الشهادة ببيع محدودة وذكر التمرتاشي رحمه الله وصار كرجل ادعى محدودا في يد رجل وشهد شهوده أن هذا المحدود المذكور بهذه الحدود ملكه وفي يد المدعى عليه بغير حق فقال المدعى عليه الذي في يده غير محدود بهذه الحدود التي ذكرها الشهود

لابين من تخريج حدد حتى ان المحدد بها اذ بين المدعي شيئاً وكذا انكر المدعى عليه ان المحدد المذكور في الشهادة محدود ما في يديه **قال** وكذلك كتاب القاضي الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل ولو قالا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لابد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة بالنسبة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد رح خلافا لابي يوسف رح على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى

يقال للمدعي هات شاهدين ان الذي في يده محدود بهذه الحدود وتم تصوير المسئلة تصدق فيما اذا كان المدعي شفيعا والحدود في يد المشتري فادعاه بطلب الشفعة وطلبها المشتري الذي في يديه بطريق الشراء ليس بهذه الحدود ثم قال المصنف قال يعني محمدا في الجامع الصغير وكذلك كتاب القاضي فانه ذكر فيه المسئلتين فانه قال بعد قوله فاجيز الشهادة وكذلك كتاب القاضي الى القاضي بشهادة شاهدين وقال ابوحنيفة ان قالا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبا ها الى فخذها الى هنا لفظ الجامع الصغير يعني ان القاضي اذا كتب في كتابه الى القاضي الآخر ان شاهدين عدلين شهدا عندي ان لفلان بن فلان على فلانة بنت فلان الفلانية مائة درهم فاقض عليها بذلك فاحضر المدعي امراة في مجلس القاضي المكتوب اليه وقال هي هذه يقول له المكتوب اليه هات شاهدين ان التي احضرتها هي فلانة بنت فلان الفلانية المذكورة في هذه الكتاب لتمكن الاشارة اليها في القضاء عليها وقوله الا ان القاضي الخ جواب عن مقدر وهو انه اذا كان في معنى الشهادة على الشهادة ينبغي ان لا يقبل قول القاضي وحده لانه كشاهد الفرع يشهد على الاصول بما شهدا به فقال ان للقاضي زيادة وفور ولاية ليست للشهود فقامت تلك مع ديانته مقام قول الاثنين فانفرد بالنقل ثم قال المصنف قال ولو قالوا فلفظ قال ايضا على ما ذكرنا من قول المصنف نقلا للفظ الجامع على ما نقلناه آنفا اي قال في الجامع قال ابوحنيفة لو قالوا في هذين البابين اي الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي هي فلانة بنت فلان التميمية لم يكف حتى ينسبوها اي فخذها يريد القبيلة الخاصة التي ليس دونها اخص منها وهذا على احد قولي اللغويين وهو في الصحاح وفي الجمهرة جعل الفخذ دون القبيلة وفوق البطن وانه بتسكين الخاء والجمع افخاذ وجعله في ديوان الادب بكسر الخاء وانه اقل من البطن ولذا ذكر صاحب الكشاف والزبير قال العرب على ست طبقات شعب وقبيلة وعمارة وبطن وفخذ وفصيلة فالشعب يجمع القبائل والقبيلة تجمع العمائر والعمارة تجمع البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ يجمع الفصائل فمضر شعب وكذا ربيعة ومذحج وحمير وسميت شعوبا لان القبائل تتشعب منها وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وعلى هذا لا يجوز الاكتفاء بالفخذ ما لم ينسبها الى الفصيلة لانها دونها ولذا قال الله تعالى وفصيلته التي تؤويه وقد منا في فصل الكفاءة من ذكر بعد الفصيلة ايضا العشيرة والعمارة بكسر العين والشعب بفتح الشين واسلفنا ما ذكرنا في منظومة في شعر ثم انما لم يكتف بذكر نحو التميمية لانها نسبة عامة فلا يحصل بها التعريف وهو المقصود بذكر ذلك ونقل في الفصول عن قاضي خان ان حصل التعريف باسمه واسم ابيه ولقبه لا يحتاج الى ذكر الجد وان كان لا يحصل بذكر الاب والجد لا يكتفي بذلك وفي الفصل العاشر من فصول الاستروشني رايت بخط ثقة لو ذكر اسمه واسم ابيه وفخذه وصناعته ولم يذكر الجد تقبل وشرط التعريف ذكر ثلثة اشياء فعلى هذا لو ذكر اسمه ولقبه واسم ابيه هل يكفي فيه اختلاف المشائخ والصحيح انه لا يكفي وفي اشتراط ذكر الجد اختلاف فاذا قضى القاضي بدون ذكر الجد ينفذ لانه وقع في فصل مجتهد فيه قال كذا رايت في بعض الشروط ولا يخفى ان ليس المقصود من التعريف ان ينسب الى ان يعرفه القاضي لانه قد لا يعرفه ولو نسبه الى مائة جد والى صناعته ومحلته بل ليثبت بذلك الاختصاص ويزول الاشتراك وانه قلما يتفق اثنان في اسمهما واسم ابيهما وجدهما او صناعتهما ولقبهما فما ذكر عن قاضي خان من انه لو لم يعرف مع ذكر الجد لا يكتفي بذلك لا وجه منه ما نقل في الاصول من ان شرط التعريف ذكر ثلثة اشياء غير انهم اختلفوا في اللقب مع الاسم هل هما واحد او لا والنظير ما ذكر في النسب ما ذكر في النسبة الى البلدان في حق من لا يعرف له النسبة الى جد مشهور مثل ان يقول الفرغانية وكذا البلخية كما ذكره ابو الليث وقيل السمرقندية والبخارية عامة بخلاف الاوزجندية وقيل فالنسبة الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة قال المصنف ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف في عدم اشتراطه ذكر الجد على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى اي الجد الاعلى في ذلك الفخذ خاص فنزل منزلة الجد الخاص وهذا التعليل لقول ابي حنيفة المنقول في الجامع ان قال في هذين البابين فلانة التميمية لم يجز حتى ينسبا ها الى فخذها فانه ذكره فيما اذا قالا

فصل قال ابو حنيفة رحمه الله شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي رحمه الله لما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيها حد مقدر فيعزر وله ان شريحا كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رحمه الله فانه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما كانوا ويقولون ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله انه يشهر عندهما ايضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ماذكرناه في الحدود وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران وفائدته ان شاهد الزور في حق ماذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي للشهادة والبينات للاثبات والله اعلم

فالا فلانة بنت فلان الفلانية من غير ذكر الجد فعلم ان الفلانية تقوم مقام الجد اذا كان النسب الى اخص الاباء

فصل قوله قال ابو حنيفة رحمه الله شاهد الزور الخ اخر حكم شهادة الزور لانها خلاف الاصل اذ الاصل الصدق لان الاصل في الفطرة كونها على الحق والانحراف عنه لعارض من قبل النفس والشيطان ثم شاهد الزور لا يعرف الا باقراره بذلك ولا يحكم به برد شهادته بمخالفة الدعوى او الشاهد الآخر او تكذيب المدعى له اذ قد يكون محقا في المخالفة او للمدعي غرض في اذائه وزاد شيخ الاسلام ان يشهد بموت واحد فيجيء حيا ولو قال غلطت او ظننت ذلك قيل هما بمعنى كذبت لاقراره بالشهادة بغير علم واذا ثبت كونه شاهد زور فقال ابو حنيفة رحمه الله تعزيره تشهيره على الملاء في الاسواق ليس غير وقالا نوجعه ضربا ونحبسه فصار معنى قوله ولا اعزره ولا اضربه والحاصل الاتفاق على تعزيره غير انه اكتفى بتشهير حاله في الاسواق وقد يكون ذلك اشد عليه من الضرب خفية وهما اضافا الى ذلك الضرب وبقولهما قال الشافعي ومالك رحمهما الله لهما ما روي ان عمر رضي الله عنه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا رواه ابن ابي شيبة ثنا ابو خالد عن حجاج عن مكحول عن الوليد بن ابي مالك ان عمر رضي الله عنه كتب الى عماله بالشام في شاهد الزور يضرب اربعين سوطا ويسخم وجهه ويحلق راسه ويطال حبسه وروى عبد الرزاق في مصنفه عن مكحول ان عمر رضي الله عنه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وقال اخبرنا يحيى بن العلاء اخبرني الاحوص بن حكيم عن ابيه عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه امر بشاهد الزور ان يسخم وجهه وتلقى عمامته في عنقه ويطاف به في القبائل فوجه الاستدلال بذلك ممن يرى تقليد الصحابي ظاهر اما من لا يراه فبوجهين احدهما عدم النكير فيما فعل عمر فكان اجماعا وليس بشيء لان الانكار لا يتجه فيما طريقه الاجتهاد واذا فرض انه اداه اجتهاده الى ذلك فلا يجوز النكير على مجتهد في محل اجتهاده فلا حجة في هذا السكوت والثاني انه اي شهادة الزور كبيرة من الكبائر على ما صح به النبي صلى الله عليه وسلم فيما روى البخاري انه صلى الله عليه وسلم قال الا اخبركم باكبر الكبائر قالوا بلى يا رسول الله قال الشرك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس فقال الا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت وقرن تعالى بينها وبين الشرك قال فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور واذا كان كبيرة وليس فيها تقدير شرعي ففيه التعزير وهذا لا ينتهض على ابي حنيفة فانه يقتضي التعزير وهو لا ينفيه بل قد قال به على ما حققناه لكنه ينفي الزيادة فيه بالضرب والحق انه منتهض عليه بنفي الضرب وهما يثبتانه فان كان الضرب زيادة في التعزير فليكن اذ قد ثبتت الزيادة فيه به ولابي حنيفة ان شريحا رضي الله عنه كان يشهر ولا يضرب روى محمد بن الحسن في كتاب الآثار انا ابو حنيفة عن الهيثم بن ابي الهيثم عن جدته عن شريح انه كان اذا اخذ شاهد الزور فان كان من اهل السوق قال للرسول قل لهم ان شريحا يقرئكم السلام ويقول لكم انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وان كان من العرب ارسل الى مجلس قومه اجمع ما كانوا فقال للرسول مثل ما قال في المرة الاولى ونحوه ما رواه ابن ابي شيبة ثنا وكيع ثنا سفيان عن ابي حصين قال كان شريح يبعث بشاهد الزور الى مسجد قومه والى السوق ويقول انا زيفنا شهادة هذا وفي لفظ كان يكتب اسمه عنده قال الخصاف في ادب القاضي ثنا وكيع قال حدثنا سفيان عن ابي حصين قال كان شريح يبعث بشاهد الزور فادخل بين وكيع وابي حصين سفيان وقد يقال ليس من هذا ما يصرح بانه لم يضربه بل انه فعل ذلك ولا ينفي هذا ان يكون مع شيء آخر ثم وجدنا هذا المحتمل مرويا قال عبد الرزاق انا الثوري عن الجعد بن ذكوان قال اتي شريح بشاهد زور فنزع عمامته عن راسه وخفقه بالدرة خفقات وبعث فيه الى مسجد يعرفه الناس غير ان ابا حنيفة رضي الله عنه قال ان فرضنا انه وقع الضرب وقد قلنا انما يعرف شاهد الزور باقراره

كتاب الرجوع عن الشهادات

قال وإذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لأن الحق إنما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لأنهما ما أتلفا شيئاً لا على المدعي ولا على المدعى عليه فإن حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لأن آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ولأنه في الدلالة على الصدق مثل الأول وقد ترجح الأول باتصال القضاء به وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الإقرار وسنقرره من بعد

فكان ذلك قبل أن يدري شاهد الزور الراجع أنه يفعل به ذلك فقد كان يظن أنه لا يحبس ولا يضرب فرجع فحين ترتب على رجوعه الضرب وصار ذلك مستقراً في النفوس يكون صارفاً لها عن الرجوع وحاملاً على التمادي فوجب أن يترك ويكتفى بما ذكرت من التعزير بهذا بعد العلم بأنه كان ممن كان منه بطريق الاجتهاد لا بالنقل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاز أن يجتهد في نفيه باعتبار ثبوت معنى آخر وأما الجواب بأن ما روي من ضرب عمر والتسخيم كان سياسة فإذا رأى الحاكم ذلك مصلحة كان له أن يفعله فقد يرد بما ذكرنا من كتاب عمر رضي الله عنه إلى عماله في البلاد وأما الاجتهاد للاستدلال على السياسة بالتبليغ إلى الأربعين ولا يبلغ بالتعزير إلى الحد فليس بشيء لأن ذلك مختلف فيه فمن العلماء من يجيزه وقد أجاز عالم المذهب أبو يوسف رحمه الله أن يبلغ به خمس وسبعون وتسع وسبعون فيجاز كون رأي عمر رضي الله عنه كذلك وأما كون التسخيم مثلة منسوخة فقد يكون رأي عمر رضي الله عنه أن المثلة ليست إلا في قطع الأعضاء ونحوه مما يفعل في البدن ويدوم لا باعتبار عرض يغسل فيزول واعلم أنه قد قيل إن المسألة على ثلاثة أوجه إن رجع على سبيل الإصرار مثل أن يقول لهم شهدت في هذه بالزور ولا أرجع عن مثل ذلك فإنه يعزر بالضرب بالاتفاق وإن رجع على سبيل التوبة لا يعزر اتفاقاً وإن كان لا يعرف حاله ففيه الاختلاف المذكور وقيل لا خلاف بينهم فجواب أبي حنيفة رضي الله عنه في التائب لأن المقصود من التعزير الانزجار وقد انزجر بداعي الله تعالى وجوابهما فيمن لم يتب لم يخالف فيه أبو حنيفة رضي الله عنه والتسخيم بالجيم عطف على قوله بدلالة التبليغ يقال سخم وجهه إذا سوده من السخام وهو سواد القدر وقد جاء بالحاء المهملة من الأسحم وهو الأسود وفي المغني ولا يسخم وجهه بالخاء والحاء

كتاب الرجوع عن الشهادة

لما كان هذا إيجاب رفع الشهادة وما تقدم إيجابها ناسب تحقق الانتزاعين فترجم هذا بالكتاب كما ترجم ذاك للموازاة بينهما وإلا فليس هذا أبواب لتعدد أنواع مسائله ليكون كتاباً كما أن ذاك وتحققه بعد الشهادة إذ لا رفع إلا بعد الوجود فناسب أن يجعل تعليمه بعده كما أن وجوده بعده وخصوص مناسبته لشهادة الزور هو أن الرجوع لا يكون غالباً إلا لتقدمها عمداً أو خطأ قوله إذا رجع الشهود عن شهادتهم سقطت عن الاعتبار فلا يقضي بها لأن كلامهم تناقض حيث قالوا نشهد بكذا ما نشهد به ولا يقضى بالمتناقض ولأنه أي كلامه الذي ناقض به هو المتأخر في احتمال الصدق كالأول فليس القضاء بأحدهما بعينه أولى به من الآخر فوقف كل منهما قالوا ويعزر الشهود سواء رجعوا قبل القضاء أو بعده ولا يخلو عن نظر لأن الرجوع ظاهر في أنه توبة عن تعمد الزور إن تعمده أو التشهير والعجلة إن كان أخطأ فيه ولا تعزير على التوبة ولا على ذنب ارتفع بها ليس فيه حد مقدر قوله ولا ضمان عليهم لأنهم لم يتلفوا شيئاً على المشهود له ولا عليه قوله فإن حكم إلخ إذا رجعوا قبل الحكم فلا ضمان عليهم وإن رجعوا بعده لم يفسخ الحكم لما تقدم من أن الكلام الثاني ليس بأولى من كلامهم الأول ولا الأول أولى من الثاني فتعارضا ولا مرجح قبل الحكم لأحد الكلامين فلا يحكم بأحدهما وبعده ترجح الأول لاتصال القضاء به لأنه مؤكد بحكمه وقع في حال لا معارض له فيه فلا ينقض إلا بأقوى بالأولى لكن عليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم وإنما كانوا متلفين بسبب لزوم حكم شهادتهم أعني القضاء الذي لا يجوز نقضه وبالرجوع مع العلم بأنه لا ينقض القضاء به كانوا

ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي اي قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاض كذا وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح

معتد فيه بان تسببهم في ذلك الاتلاف كان تعديا لانه وقع على خلاف الحق والتسبب في الاتلاف تعديا سبب للضمان وكان ابو حنيفة رحمه الله اولا يقول ينظر الى حال الشهود ان كان حالهم عند الرجوع افضل من حالهم وقت الاداء في العدالة صح رجوعهم في حق انفسهم وفي حق غيرهم فيعزرون وينقض القضاء ويرد المال على المشهود عليه وان كانوا عند الرجوع كحالهم عند الاداء او دونه يعزرون ولا ينقض القضاء ولا يجب الضمان على الشاهد وهذا قول استاذه حماد ابن ابي سليمان ثم رجع الى انه لا يصح رجوعهم في حق غيرهم على كل حال ولا ينقض القضاء ولا يرد المال على المقضي عليه لما قلنا وهو قولهما قوله ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم سواء كان هو القاضي المشهود عنده او غيره وزاد جماعة في صحة الرجوع ان يحكم القاضي برجوعهما ويضمنهما المال واليه اشار المصنف حيث قال واذا لم يصح في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما انهما لم يرجعا لا يحلفان وكذا لو اقام بينة على هذا الرجوع لا تقبل لانه ادعى رجوعا باطلا واقامة البينة والزام اليمين لا يقبل الا عن دعوى صحيحة ثم قال حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاض كذا وضمنه المال تقبل فهذا ظاهر في تقييد صحة الرجوع بذلك ونقل هذا عن شيخ الاسلام واستبعده بعضهم من المحققين توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع او بالضمان وترك بعض المتأخرين من مصنفي الفتاوى في هذا القيد وذكر انه انما تركه لتعويله على هذا الاستبعاد وتفريع على اشتراط المجلس انه لو اقر شاهد بالرجوع في غير المجلس واشهد على نفسه به وبالتزام المال لا يلزمه شيء ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه اذا تصادقا ان لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع ولو اقر في مجلس قاض انه رجع عند قاض كذا صح باعتبار انه رجوع عند هذا القاضي لا الذي اسند رجوعه اليه ولو رجعا عند القاضي ثم حينئذ تقبل البينة عليهما او يقضي بالضمان عليهما ثم ذكر المصنف لاشتراط مجلس الحاكم في صحة الرجوع وجهين اولهما ان الرجوع فسخ للشهادة فكما اشترط للشهادة المجلس كذلك لفسخها وعلى الملازمة منع ظاهر مع ابداء الفرق بان اشتراط المجلس ليتصور الاداء عنده بالضرورة بخلاف الرجوع لان حاصله اقرار على نفسه بتحقق سبب الضمان منه والاقرار بالضمان لا يتوقف على مجلس القضاء واجاب في النهاية بان ما شرط للابتداء يشترط للبقاء كالبيع يشترط فيه وجود المبيع فكذا في فسخه وهذا القياس يحتاج الى اثبات الملازمة مع ان الاتفاق ان شرط ذلك في فسخ البيع انما هو ليتحقق حكم الفسخ وهو التراد والتراد يتوقف على قيامه بخلاف حكم الرجوع فانه الضمان ويمكن ثبوته مع ثبوته دون المجلس ثم هو منقوض بما ذكره من ان شرط الابتداء شرط للبقاء بالسلم حيث يشترط لابتدائه حضور رأس المال دون فسخه واجاب بمثل ما ذكرنا من ان ذلك لامر يخص الابتداء لا يوجد في البقاء وهو كيلا يلزم الافتراق عن الكالي بالكالي وذلك غير لازم في فسخه ولذا لم يشترط في فسخه ما شرط في ابتدائه وهذا نحو ما ذكرنا من ان شرط المجلس ابتداء ليتصور الاداء بخلاف الفسخ ثم تمم الجواب بان ما شرط للابتداء شرط للبقاء لا يناسب ما نحن فيه وهو الرفع لان الرفع يرد على حالة البقاء اثر الشهادة وهو الحكم بها ولو تنزلنا الى جعل ذلك بقاء لنفس الشهادة لا يتصور كون مجلس الحكم شرطا لبقاء الشهادة ولو ارخينا العنان في الآخر فانما يكون المشروط للبقاء المجلس الاول الذي كان شرطا للاداء والمجلس المشروط هنا مجلس آخر وذكر بعضهم في وجهه ان الرجوع فسخ ونقض للشهادة فكان مقابلا لها فاختص بموضع الشهادة ومنع الملازمة ظاهر فسنده بان السواد والبياض لما كانا متضادين اشترط للتضاد اتحاد المحل ولا يختص

قال وإذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لأن التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر
وقد سببا للإتلاف تعديا وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنان لأنه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا تعذر إيجاب الضمان على المباشر وهو القاضي
لأنه كالملجأ إلى القضاء وفي إيجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لأن الحكم ماض فاعتبر التسبيب وإنما يضمنان
إذا قبض المدعي المال دينا كان أو عينا لأن الإتلاف به يتحقق ولأنه لا مماثلة بين أخذ العين وإلزام الدين **قال** فإن رجع أحدهما ضمن النصف

أن اتحاد المحل إنما هو شرط امتناع اجتماع المتضادين لا شرط لكل من المتضادين في نفسه كما أن المجلس شرط لكل من الشهادة ونقيضها والوجه الثاني
أن الرجوع توبة عن ذنب الكذب وكان ذلك الذنب في مجلس القضاء فتختص التوبة عنه بمحله ولا شك أن ذلك أيضا غير لازم فيبتنى الملازمة
ملازمة شرعية بحديث معاذ بن جبل حين بعثه النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليمن فقال أوصيك بتقوى الله ما استطعت إلى أن قال وإذا عملت
شرا فأحدث توبة السر بالسر والعلانية بالعلانية وأنت تعلم أن العلانية لا تتوقف على الإعلام في محل الذنب بخصوصه مع أن ذلك لا يمكن بل
في مثله مما فيه علانية وهو إذا أظهر للناس الرجوع وأشهدهم عليه وبلغ ذلك القاضي بالبينة عليه كيف لا يكون معتبرا والله أعلم **قوله** وإذا شهد
شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه وهذا من مذهب مالك وأحمد والشافعي رحمه الله في الجديد لا ضمان عليهما
لأنهما سببان ولا عبرة بالتسبيب وإنما كان لتعديا مع وجود المباشرة قلنا المباشر القاضي والمدعي ولا ضمان على القاضي اتفاقا لأنه
كالملجأ إلى مباشرة القضاء الذي به الإتلاف من جهة الشرع بافتراضه عليه بعد ظهور العدالة وإذا ألجأه الشرع لا يضمنه ولأنه يوجب عدم
قبول القضاء وأما المدعي فلأنه أخذ بحق ظاهر ماض لأن خبر الرجوع ليس أولى من الأول لينقض الحكم وإذا لم ينتقض لا يمكن جبره
على إعطاء ما أخذ بذلك الوجه الماضي شرعا وإذا تعذر الإيجاب على المباشر تعين على المتعدي بالتسبيب كحافر البئر في الطريق واعلم
أن الشافعية اختلفوا في هذه المسألة والصحيح عند الإمام والعراقيين وغيرهم أن الشهود يضمنون كمذهبنا والقول الآخر لا ينقض ولا
يرد المال من المدعي ولا يضمن الشهود وهو قول أبي حنيفة الأول إذا كان حالهما وقت الرجوع مثله وقت الأداء وقد نقض عليه
الشافعي بإيجاب القصاص على الشهود إذا رجعوا بعد قتل المشهود عليه مع وجود المباشر وهو الولي المقتص و
القاضي وأجيب عنه بأن ذلك لدليل خاص وهو قول علي في الشاهدين على السرقة بعد ما قطع ورجعا وجاءا بآخر وقالوا هذا الذي سرق لو
علمت أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما أخرجه الشافعي رحمه الله وقال بهذا القول ثم أقول فإن نوقض بأنه لا يرى تقليد الصحابي أمكن الجواب آخر ن
عنه بأني إنما قلت به لما ظهر من مناطه من أن أمر الدم أشد من أمر المال قلنا الأشدية لا يتوقف ثبوتها على ثبوت الزمان في أحكام الدنيا الدم ن
بجوازه باعتبار أمر الآخرة ثم متى يقضي بالضمان على الشاهد قال المصنف إذا قبض المدعي المال دينا كان أو عينا لأن هذا ضمان إتلاف والإتلاف على المدعى عليه إنما يتحقق
بأخذه منه وهذا مختار شمس الأئمة وفرق شيخ الإسلام بين كون المشهود به عينا فيضمنان قبل قبض المدعي إياها بعد القضاء له بها أو دينا فلا يضمنان حتى يقبضه
المدعي ووجه الفرق أن ضمانهما ضمان إتلاف وضمان الإتلاف مقيد بالمماثلة وإذا كان المشهود به عينا فالشاهدان وإن أزالاه عن ملك المشهود عليه بشهادتهما عند
اتصال القضاء بها حتى لا ينفذ تصرفه فيه فلو أوجبنا قيمته عليهما بأخذ الضمان منهما قبل أن يستوفي المشهود له من المشهود عليه انتفت المماثلة لأن المستوفى ههنا
عين في مقابلة دين أوجباه وشمس الأئمة يوافق في وجه الدين ويقول في العين إن الملك وإن ثبت فيه للمدعي بمجرد القضاء لكن المقضي عليه
يزعم أن ذلك باطل لأن المال الذي في يده ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهد شيئا ما لم يخرج من يده قال البزازي رحمه الله في فتاواه
والذي عليه الفتوى الضمان بعد القضاء بالشهادة قبض المدعي المال أو لا وكذا العقار يضمن بعد الرجوع إن اتصل القضاء بالشهادة
ثم فرع شهد أنه أجله إلى سنة ثم رجعا ضمناه حالا ثم يرجعان على المطلوب بعد السنة ولو توى ما على المطلوب لم يرجعا على الطالب
بخلاف الحوالة ولو شهدا أنه أبرأه أو وهبه أو تصدق به عليه ثم رجعا ضمنا شهدا على هبة عبد وتسليم ثم رجعا ضمنا قيمته للمالك

والاصل ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق وان شهد بالمال ثلثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع فان رجع آخر ضمن الراجعان نصف الحق لان ببقاء احدهم يبقى نصف الحق وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان بشهادة الرجل يبقى نصف الحق وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلثة الارباع وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل ولابي حنيفة رح ان كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا فان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين لما قلنا ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم

ولا رجوع للواهب على الموهوب له ولا عليهما لانه كالعوض وان لم يضمن الواهب الشاهدين له الرجوع شهدا انه باع عبده بخمسمائة الى سنة وقيمة العبد مائة وقضى به ثم رجعا يخير البائع بين رجوعه على المشتري بالثمن الى سنة وبين تضمين الشاهدين قيمته حالة ولا يضمنهما الخمسمائة فان ضمن الشاهدين رجعا على المشتري بالثمن اذا حل الاجل لانهما قاما مقام البائع اداء الضمان وطاب لهما قدر مائة وتصدقا بالفضل

قوله والاصل ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع لان الشهادة انما تثبت المال والرجوع انما يوجب الضمان لانه اتلاف لهم فاذا بقي بعد رجوع من رجع من يستقل باثبات المال ثانيا لم يتحقق بالرجوع اتلاف شئ ومن المحال ان يضمن مع عدم اتلاف شئ واما ما اورد من انه ينبغي اذا رجع احد من الاثنين ان لا يبقى شئ من المال لان الواحد لا يثبت بشهادته شئ اصلا فيقتضي ان يضمن الواحد الراجع كل المال فهو مصادم للاجماع على نفيه وانما كان الاجماع على نفيه لان عدم ثبوت شئ لشهادة واحدة انما هو في الابتداء لا يلزم في حال البقاء ما يلزم في الابتداء وح فبعد ما ثبت ابتداء شئ لشهادة اثنين نسب الى كل منهما في حال البقاء ثبوت حصة منه لشهادته فتبقى هذه الحصة ما بقي على شهادته ويكون متلفا لها برجوعه اذا عرف هذا فاذا رجع احد الاثنين لزمه ضمان النصف لانه اتلفه برجوعه وان شهد بالمال ثلاثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي الحق من غير اتلاف شئ منه ببقاء الشاهدين والاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان كما اذا اتلف مال زيد فقضي بر مانة عليه فظهر ان مستحقه عمرو فانه ياخذه ويسقط الضمان لزيد فاولى ان يمنع الضمان وما نحن فيه من هذا فان بالرجوع ما تلف على المشهود له حصته التي اثبتها له بشهادته او صارت مستحقة للمشهود عليه وببقاء من بقي كل الحق يظهر استحقاق المشهود به لذلك الحصة دون المشهود عليه فيدفع الزمان للمشهود عليه فان رجع آخر من الثلاثة ضمن الراجعان نصف المال لان ببقاء الثالث يبقى نصف المال فلو قال الراجع الاول كيف اضمن برجوع الثاني ما لم يلزمني ضمانه برجوع نفسي وقت رجوعي لا يقبل هذا كما لا يقبل قول احدهم لو رجع الثلثة لا يلزمني شئ لان غيري ثبت به كل الحق فرجوع غيري موجب عليه لا علي وحقيقة الوجه ان تلف النصف وان كان مما يستقل به رجوع واحد اذا فرض تحققه مع رجوع جماعة تحاصصوا الضمان لانه ليس احدهما اولى به من الآخر وان شهد رجل وامرأتان فرجعت احداهما ضمنت ربع المال لبقاء ثلثة ارباعه ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصفه لان لشهادة الرجل يبقى نصف الحق وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع منهن ثمان لا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى ضمن التسع ربع الحق لبقاء النصف بشهادة الرجل الباقي والربع بشهادة الباقية وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى جملة النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام الرجل ولابي حنيفة رح ان كل امرأتين قامتا مقام رجل قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلهن عدلت شهادة كل ثنتين منهن بشهادة رجل روى البخاري من حديث الخدري رض انه صلى الله عليه وسلم قال يا معشر النساء تصدقن واكثرن الاستغفار فاني رأيتكن اكثر اهل النار فقالت امرأة منهن يا رسول الله ما لنا اكثر اهل النار قال تكثرن اللعن وتكفرن العشير ما رأيت من ناقصات عقل ودين اغلب لذي لب منكن قالت يا رسول الله وما نقصان العقل والدين فقال اما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل وتمكث الليالي لا تصلي وتفطر في رمضان فصار كما لو شهد به بذلك ستة رجال ثم رجعوا وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين يعني بالاتفاق على اختلاف التخريج

قال فإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذلك إذا شهدا بأقل من مهر مثلها لأن منافع البضع غير متقومة عند الإتلاف لأن التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف وإنما تضمن وتتقوم بالتملك لأنها تصير متقومة ضرورة الملك إبانة لخطر المحل وكذا إذا شهدا على رجل بتزويج امرأة بمقدار مهر مثلها لأنه إتلاف بعوض لما أن البضع متقوم حال الدخول في الملك والإتلاف بعوض كلا إتلاف وهذا لأن مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الإتلاف بعوض وبينه بغير عوض وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لأنهما أتلفاها من غير عوض

فيضمنها لأن الثابت بشهادتهما نصف المال وعنده الباقي من يثبت به النصف وهو الرجل كما لو شهد ستة رجال ثم رجع خمسة ثم ليست المرأتان
أو بضمان النصف من الآخرين ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لأن الواحدة ليست شاهدة
بل بعض شاهد لأن المرأتين شاهد واحد فشهادة الواحدة شطر علة وشطر العلة لا يثبت شيئاً فكان القضاء ليس إلا بشهادة الرجلين فلا تضمن المرأة
عند رجوعها شيئاً ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع رجل وامرأة وجب ضمان نصف المال لبقاء من يثبت بشهادته ثلاثة أرباع المال اتفاقاً
ثم هو على الرجل خاصة على قولهما لثبوت النصف بشهادة الرجل والنصف بشهادة النساء وينبغي في قياس قول أبي حنيفة أن النصف
أثلاثاً على الرجل والمرأة لأن القضاء هنا بشهادة الكل من الرجل والنساء على الشيوع ثم لقيام كل امرأتين مقام رجل فثلاث نسوة
مقام رجل ونصف فإن رجعوا جميعاً فضمان المال عندهما أنصافاً وعنده أخماساً على النسوة ثلاثة أخماس وعلى الرجل خمسان قوله وإن شهد الخ أو ادعى
رجل على امرأة نكاحاً بقدر مهر مثلها أو ادعاه بأقل بأن ادعاه بمائة ومهر مثلها ألف فشهد له شاهدان فقضى بشهادتهما ثم رجعا لا ينفسخ النكاح
برجوعهما ولا يضمنان شيئاً في الصورتين كما ذكره المصنف وذكر في المنظومة في صورة النقصان أنهما يضمنان ما نقص من مهر مثلها عند
أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافاً لأبي يوسف قال في باب أبي يوسف لو أثبتوا نكاحها وبخسوا ثم رجعوا لم يضمنوا ما بخسوا ثم بين في
شرحه المسمى بالحصر وجعل الخلاف مبنياً على مسئلة اختلاف الزوجين في قدر المهر فإن عند أبي حنيفة ومحمد القول قولها إلى مهر مثلها
فكان يقضي لها بالألف لولا هذه الشهادة فقد أتلفا عليها تسعمائة وعند أبي يوسف القول للزوج فلم يتلفا على قوله عليها شيئاً وتبعه صاحب المجمع
وما ذكره صاحب الهداية هو المعروف وعليه صاحب النهاية وغيره من الشارحين لم ينقلوا سواه خلافاً للشافعي فلو كان لهم شعور بهذا الخلاف
الثابت في المذهب بين الأئمة الثلاثة لم يعرضوا عنه بالكلية واشتغلوا بنقل خلاف الشافعي وذكروا وجهه بأن البضع متقوم بالشرع
تقومه حال الدخول فكذا في غيره لأنه في حال الخروج عين ذلك الذي ثبت تقومه وأجابوا بالحاصل توجيه المصنف رحمه الله بأن تقومه
حال الدخول ليس إلا لإظهار خطره حيث كان منه النسل المطلوب في الدنيا والآخرة وغير ذلك من النفع كما شرطت الشهادة على العقد
عليه دون سائر العقود لذلك لا لاعتباره متقوماً في نفسه كالأعيان المالية لأنه لا يرد الملك على رقبته والمنافع لا تتقوم فلا تضمن
لأن التضمين يستدعي المماثلة بالنص ولا مماثلة بين الأعيان التي تحرز وتتمول والأعراض التي لا تتصور ولا تبقى وفرع في النهاية
على الأصل المذكور خلافية هي ما إذا شهدوا بالطلاق الثلاث ثم رجعوا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنوا عندنا وكذا إذا قتل رجل
امرأة رجل لا يضمن القاتل لزوجها شيئاً وكذا لو ارتدت المرأة لا شيء عليها لزوجها وعنده عليهما وعلى القاتل للزوج مهر المثل
وأورد على قولنا أنهم أوجبوا الضمان بإتلاف منافع البضع حقيقة فيما إذا أكره مجنون امرأة فزنى بها يجب في ماله مهر المثل
فكذا في الإتلاف الحكمي وأجاب نقلاً عن الذخيرة بأنه في الإتلاف الحقيقي بالشرع على خلاف القياس والحكمي دونه فلا يكون الوارد
فيه وارداً في الحكمي ونظيره ما في شرح الطحاوي لو ادعى أنه استأجر الدار من هذا شهر العشرة وأجر مثلها مائة والموجر ينكر فشهدا
بذلك ثم رجعا لا ضمان عليهما لأنهما أتلفا المنفعة ومتلف المنفعة لا ضمان عليه قوله وكذا أي لا ضمان عليهما إذا شهدا على رجل أنه تزوج
امرأة بمهر مثلها بأن ادعت امرأة عليه بذلك فشهدا ثم رجعا لا ينفسخ النكاح على كل حال بعد ما قضي به ولا يضمنان ما أتلفاه

قال وان شهدا ببيع شئ بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فيضاف التلف اليهم وان شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ضمانا على شرف السقوط الا ترى انها لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت يسقط المهر اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما

عليه من مهر المثل لانها عوضا ملك البضع وهو متقوم حال دروده والتملك عليه والاتلاف بعوض كلا اتلاف وانما كان كذلك لان مبنى الضمان على المماثلة كما ذكرنا ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وهو الثابت في حق الزوج والاتلاف بلا عوض وهو الذي يحكم به على الشاهدين وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة على مهر المثل لانهما اتلفاه بلا عوض وهي من الاعيان التي يقع المماثلة بتضمين فيها **قوله** وان شهدا ببيع شئ بمثل القيمة او اكثر بان ادعى ذلك مدع فشهدا له به ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان شهدا به باقل من القيمة ثم رجعا ضمنا نقصان القيمة لانهما اتلفا هذا القدر عليه بلا عوض هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن فلو شهدا به وبنقد الثمن ثم رجعا فاما ان يكون جمعاهما في شهادة واحدة بان يشهدا بانه باعه هذا بالف واوفاه الثمن او في شهادتين بان شهدا بالبيع فقط ثم شهدا بان المشتري اوفاه الثمن ففي الاول يقضي عليهما بقيمة المبيع لا بالثمن وفي الثاني يقضي عليهما بالثمن للبائع ووجه الفرق ان في الاول لم يقض به بالبيع دون الثمن لانه يمكن القضاء بايجاب الثمن لاقترانه بما يوجب سقوطه وهو القضاء بالايفاء ولهذا قلنا لو شهد اثنان على رجل انه باع من هذا عبده واقالا الشهادة واحدة **قوله** ولا يقضي بالبيع فانه قارن القضاء به ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالاقالة هكذا هذا واذا كان المقضي به البيع فقط وزال المبيع بلا عوض فيضمنان القيمة بخلاف ما اذا كان بشهادتين فان الثمن يصير مقضيا به لان القضاء بالثمن لا لقارنه ما يسقطه لانهما لم يشهدا به وبعد ذلك واذا صار الثمن مقضيا به ضمناه برجوعهما ثم قال المصنف ولا فرق بين كون البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب يعني البيع هو السابق حتى استحق المشتري المبيع بزوائده وقد اثبتاه بشهادتهما فيضاف الحكم اليه عند سقوط الخيار اليه فانضاف التلف الى الشهود وهذا جواب عن سؤال ذكره في المبسوط حاصله ينبغي ان لا ضمان عليهما لانهما انما اثبتا البيع بشرط الخيار للبائع وبه لا يزول ملكه عن المبيع وانما يزول اذا لم يفسخ حتى مضت المدة واذا لم يفسخ حتى مضت كان مختارا في ازالة ملكه غيره فلا يجب الزمان والجواب ان سبب التلف العقد السابق وثبوته بشهادتهم فيضاف اليهم غاية الامر انه سكت الى مضت المدة وهو لا يستلزم رضاه بجواز كونه لتحرزه عن ان يضاف اليه الكذب لانه قد انكر القول فاذا فسخ كان معترفا بصدوره منه فيظهر للناس تناقضه وكذبه والعاقل يحترز عن مثله وكذا لو شهدا بالعقد على ان فيه خيار المشتري ومضت المدة ولم يفسخ وفي قيمة المبيع نقصان عن الثمن الذي شهدا به ضمناه ولو ان المشهود عليه بالشراء اخذه في المدة سقط الضمان عنهما لانه اتلف ماله كاختياره كما لو اجازه البائع في شهادتهما بالخيار له بثمن ناقص عن القيمة يسقط ايضا **قوله** وان شهدا انه طلق امرأته قبل الدخول فقضى بالفرقة ثم رجعا ضمنا نصف المهر هذا اذا كان في العقد مهر مسمى فان لم يكن ضمنا المتعة لانها الواجبة فيه وذلك لانهما اكدا ما كان على شرف السقوط وعلى المؤكد ما على الموجب اما كونه على شرف السقوط فان المهر بحيث لو ارتدت الزوجة والعياذ بالله او طاوعت ابن زوجها سقط المهر اصلا واما ان على المؤكد ما على الموجب ففي مسئلتين هما ما اذا اخذ محرم صيد الحرم فقتله في يده آخر يجب الجزاء على الآخذ ويرجع على القاتل لانه اكد ما كان بحيث يسقط بان يتوب فيطلقه ولما اذا اكره رجل آخر على الطلاق قبل الدخول فان على الزوج نصف المهر ويرجع به على المكره لانه اكد ما كان بحيث يسقط بان تباشره وكذلك بارتدادها ونحوه ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط كل المهر كما مر في النكاح اي من باب المهر من ان بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه اليها كما كان سالما

قال وإن شهدا على أنه أعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لأنهما أتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لأن العتق لا يتحول إليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء إليهما وإن شهدوا بقصاص ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا الدية ولا يقتص منهم وقال الشافعي يقتص منهم لوجود القتل منهم تسبيبا فأشبه المكره بل أولى لأن الولي يعان والمكره يمنع ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا لأن السبب ما يفضي إليه غالبا وههنا لا يفضي لأن العفو مندوب بخلاف المكره لأنه يؤثر حياته ظاهرا ولأن الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا أقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لأنه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف

فلا يجب بمقابلته شيء ثم يجب نصف المهر ابتداء فقد أوجباه بشهادتهما فيجب ضمانه عليهما وإنما قال في معنى الفسخ ولم يقل فسخ لأنه ليس حقيقة الفسخ وإلا لم ينقص من عدد الطلاق شيء فإنما هو في معناه لسبب عود المعقود عليه إليها سالما ولم يذكر المصنف ما لو شهدا بالطلاق بعد الدخول مع أنه مذكور في القدوري والبداية وحكمه أنه لا يجب ضمان لأن البضع لا تقوم له حال الخروج وما دفع من قدر المهر قد اعتاض عنه منافع البضع ولم يتلفا عليه مالا بلا عوض وفي التحفة لم يضمنا إلا ما زاد على مهر المثل لأن قدر مهر المثل إتلاف بعوض وهو منافع البضع التي استوفاها ثم المعروف أن الشاهدين لم يضمنا سوى نصف المهر من غير ذكر خلاف وخرج بعضهم أن ذلك قول أبي حنيفة وأبي يوسف أما على قول محمد فيضمنان للمرأة ما زاد على نصف المهر إلى تمامه لأنهما برجوعهما زعما أن الزوج لم يطلقها وإنما وقع بالقضاء فعند أبي حنيفة وقوعه بالقضاء كإيقاع الزوج وبإيقاع الزوج ليس لها إلا النصف وعند محمد القضاء ليس إيقاعا منه فبقي حقها ثابتا في كل المهر وفوتاه بشهادتهما فقد أتلفاه انتهى والوجه ما لأن القضاء بالوقوع إنما هو عنه تكذيبا له في إنكار الطلاق على أن نقل هذا الخلاف غريب ليس في الكتب المشهورة ولا يعول عليه **قوله** وإن شهدا أنه أعتق عبده فقضى بالعتق ثم رجعا ضمنا قيمته لأنهما أتلفا عليه مالا متقوما بلا عوض فيضمنان سواء كانا موسرين أو معسرين لأنه ضمان إتلاف وهو لا يتقيد باليسار والولاء للمولى لأن العتق من جهته وهو وإن كان منكرا للعتق صار مكذبا شرعا وإنما لا يتحول للشاهدين بضمانهما لأن العتق لا يقبل الانتقال ولا يكون الولاء عوضا نافيا للضمان لأنه ليس بمال بل هو كالنسب بسبب يورث به ولو كان شهدا بتدبير العبد وقضى به كان عليهما ضمان ما بين قيمته مدبرا وغير مدبر وقد سلف في كتاب العتق قدر نقصان التدبير فإن مات المولى بعد رجوعهما فعتق من ثلث تركته كان عليهما بقية قيمته عبدا للورثة ولو شهدا بالكتابة ضمنا تمام قيمته والفرق أنهما بالكتابة حالا بين المولى وبين مالية العبد بشهادتهما فكانا غاصبين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير فإنه لا يحول بين المولى ومدبره بل ينقص ماليته ثم إذا ضمنا تبعا المكاتب على نجومه لأنهما قاما مقام المولى حين ضمنا قيمته ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي إليهما الجميع كما كان مع المولى وولاؤه للذي شهدا عليه بالكتابة وإن عجز فرد في الرق كان للمولى لأن رقبته لم تصر مملوكة للشاهدين بالضمان لأن المكاتب لا يقبل النقل من ملك إلى ملك ويرد المولى ما أخذ منهما بزوال حيلولتهما بردة في الرق فهو كغاصب المدبر إذا ضمن قيمته بعد إباقه ثم رجع يكون مردودا على المولى ويرد المولى على الغاصب ما أخذ منه ولو كانا شهدا على إقراره بأن هذه الأمة ولدت منه فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا للمولى نقصان قيمتها وذلك بأن تقوم أمة وأم ولد لو جاز بيعها مع الأمومية فيضمنان ما بين ذلك فإن مات المولى بعد ذلك فعتقت كان عليهما بقية قيمتها أمة للورثة وإنما ضمنا في شهادتهما على إقراره في ابن في يده أنه منه بأن شهدا على أنه أقر أنها ولدت منه هذا الولد كان عليهما مع ما ذكرنا للمولى قيمة الولد فإن قبضها ثم مات فورثه هذا الابن كان عليه أن يرد على الشاهدين مما ورث مثل ما كان الميت أخذه منهما من قيمته وقيمة أمه لأنه يقول الميت أخذه بغير حق وأنه دين في تركته لهما والذي عندي أنه ينبغي أن يضمنا للورثة مقدار ما ورث الابن لأنهما أتلفاه عليهم بشهادتهما **قوله** وإذا شهدا بالقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما وهو مذهب مالك خلافا لأشهب والدية على عاقلة الشهود ومذهب أحمد إن قالا أخطأنا ضمنا الدية في مالهما وإن قالا تعمدنا اقتص منهما وقال الشافعي يقتص لوجود القتل منهما تسبيبا فأشبه الشاهد المكره فإنه تسبب بشهادته في قتل الولي كما أن المكره تسبب بإكراهه في قتل المكره فيقتل

قال وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا لأن الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا إليهم ولو رجع شهود الأصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لأنهم أنكروا السبب وهو الإشهاد ولا يبطل القضاء لأنه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء وإن قالوا أشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رحمه الله وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا ضمان عليهم لأن القضاء وقع بشهادة الفرع لأن القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله أن الفروع نقلوا شهادة الأصول فصار كأنهم حضروا

المكره بل هو أولى منه لأن ولي القصاص بعد الشهادة ليأمن على قتل المشهود عليه ولا ينكر عليه أحد والمكره لا يأمن على القتل بل إنه
بل يمنع وينكر عليه للعلم بأنه محظور عليه أحد ولذا إن القتل من الشاهد لم يوجد تسبيبا لأن التسبيب ما يفضي إلى المسبب فيه غالبا والشهادة لا تفضي
إلى القتل الولي على وجه الغلبة فإن أفضت إلى القضاء به بل كثيرا ما يقع ثم يقف الناس في الصلح على الدية بل على قدر بعضها فلم يفض غالبا إليه
بل تعدد فمن الناس من يغلب عليه طلب التشفي ومنهم من يغلب عليه العفو بالمال ويرى أنه جمع بين ما هو الأحب للشارع وحصول مال
ينتفع به وهو جمع بين دنيا وأخرى لا شك أن هذا بالنظر إلى مجرد ذاته ومفهومه يقتضي كثرة وجوده بالنسبة إلى القتل فكيف إذا علم
كثرة وقوعه وإذا انتفى التسبيب حقيقة من الشاهد انتفى قتله بخلاف المكره يعني بخلاف الولي المكره لأن الغالب أن الإنسان يؤثر حياته على حياة
غيره فكان المكره بإكراهه مسببا حقيقة حيث ثبت بفعله ما هو المفضي للقتل بسبب الإيثار الطبيعي ولا يصح قياس الشاهد عليه لانتفاء الجامع وهو
إثبات ما يفضي غالبا إلى الفعل ووجه آخر وهو أن الفعل الاختياري ذي الاختيار الصحيح أعني قتل الولي المعترض بعد الشهادة مما يقطع
نسبة الفعل إلى الشاهد كما عرف فيمن فك عن عبد إنسان قيده فأبق باختياره وأمثاله كمن دفع إنسانا في بئر حفرها غيره تعديا فإنه بدفعه
الاختياري انقطعت نسبة التلف إلى الحافر فلا وجود للسبب مع المباشر مختارا بخلاف المكره فإنه وإن اعترض فعله الاختياري على الإكراه
لكن اختياره اختيار فاسد للإكراه عليه فكان كلا اختيار ولذا لا يصح مع اختياره هذا البيع والإجارة منه ولا إجارته ونحوها فلم يصح القطع
نسبة الفعل عن المكره فاعتبر المكره آلة للمكره وقتل بها ذلك القتيل على أنه لو لم يقطع الاختيار الصحيح النسبة إلى الشاهد فلا أقل من أن
يوجب شبهة في إيجاب القصاص عليه والقصاص يندرئ بالشبهات بخلاف المال فإنه يثبت مع الشبهة وقوله فأشبه المكره
بكسر الراء وقوله والمكره يمنع بفتحها والمراد بالمختلف مختلف الرواية للفقيه أبي الليث وفي شرح الجامع الكبير للعتابي إذا شهدوا على
رجل أنه قتل فلانا خطأ أو عمدا فقضي بذلك وأخذ الولي الدية في الخطأ وقتل القاتل في العمد ثم جاء المشهود بقتله حيا فالورثة في
الخطأ إن شاؤوا رجعوا على الآخذ لأنه أخذ بغير حق ولا يرجع هو على أحد وإن شاؤوا ضمنوا الشهود لأنهم سببوا التلف بغير حق وهم
يرجعون على الولي لأنهم ملكوا المضمون وهو الدية بأداء الضمان فتبين أن الولي أخذ مالهم وفي العمد لا يجب القصاص على الولي ولا
على الشهود لأن القضاء أورث شبهة لكنه تجب الدية وتخير ورثة المقتول بين أن يضمنوا الولي الدية ولا يرجع هو على أحد وبين
أن يضمنوا الشاهدين وهما لا يرجعان عند أبي حنيفة لأنهم لم يملكوا المضمون وهو الدم لأنه لا يقبل التمليك لأنه ليس بمال وعندهما
يرجعون لأن أداء الضمان انعقد سبب التمليك المضمون لكن لم يثبت الملك في المضمون لعدم قبوله فيثبت في بدله كمن
غصب مدبرا فغصبه آخر ومات في يده وضمنه المالك يرجع على الثاني بما ضمن لما قلنا كذا هذا قوله وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا
وهذا بالاتفاق لأن الشهادة التي في مجلس القضاء وهي التي بها القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا إليهم ولو رجع شهود الأصل
وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا لم يضمنوا ولم يذكر المصنف خلافا وفي شرح القدوري لأبي نصر البغدادي قال هذا قول
أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يضمنون وهو رواية عن أبي حنيفة انتهى وقال أبو المعين في شرح الجامع الكبير فيما إذا شهد فرعان
على شهادة شاهدين على رجل أنه قتل فلان ابن فلان خطأ فقضي بالدية على عاقلته وقبضها الولي ثم جاء المشهود عليه بقتله حيا الأصلين

ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رحمه المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهم في التضمين وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في ذلك لم يلتفت الى ذلك لان ما امضي من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع

الفروع لعدم رجوعهم وعدم ظهور كذبهم بيقين لجواز ان الاصليين اشهداهما غير ان الولي يرد على الفاقد وما اخذ منهما فلو حضر الاصلان وقالا لم نشهدهما لم يلتفت الى انكارهما ولا ضمان على الاصليين اما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فلانهما لو رجعا بان قالا اشهدناهما باطلا لا ضمان عليهما لان شهادتهما واشهادهما الفرعين كانا في غير مجلس القضاء فلا يكون سببا للضمان كالرجوع في غير مجلس القضاء واذا لم يضمنا بالرجوع فكذا اذا انكرا المشهود لقبله حيا واما عند محمد فيضمنان بالرجوع ثم قال هنا لا يضمنان يعني قال محمد في انكار الاصول الاشهاد لا يضمن الاصلان ثم ذكر ترددا في انه قاله على انه قول ابي حنيفة وابي يوسف خاصة وقاله اتفاقا واما صاحب النهاية فصرح بان عدم الضمان بالاجماع قال المصنف في وجهه لانهم انكروا اي شهود الاصل السبب وهو الاشهاد وذلك لا يبطل القضاء لانه خبر يحتمل الصدق والكذب فصار كرجوع الشاهد بعد القضاء لا ينقض به الشهادة لهذا بخلاف ما اذا انكروا الاشهاد قبل القضاء لا يقضى بشهادة الفرعين كما اذا رجعوا قبله هذا اذا قالوا لم نشهدهم وان قالوا اشهدناهم وغلطنا او اشهدناهم ورجعنا ضمن الاصول كذا اطلق القدوري حكم المصنف بان الضمان قول محمد اما عند ابي حنيفة وابي يوسف فلا ضمان على الاصول لمحمد ان الفرعين نقلا شهادتهما الى المجلس ووقع القضاء بها كانهما حضرا بانفسهما واديا فاذا رجعا ضمنا وغاية الامر ان يكون شهادتهما ليست في المجلس حقيقة لكنها فيه حكما باعتبار انها المنقولة فعملنا بالحقيقة عند عدم الرجوع وبالحكم عند الرجوع ولا حاجة الى اعتبار الفرعين نائبين عن الاصليين فيكون فعلهما كفعلهما ليرتفع فانه لو كان كذلك لعمل منع الاصليين اياهما عن الاداء بعد التحميل ولا يعمل فلهما بل عليهما ان يؤديا بالمنع بعد التحميل ولابي حنيفة وابي يوسف ان القضاء انما وقع بشهادة الفروع لانهم يشهدون بشهادة الاصول فهو كما لو شهدوا بحق اخر انما يقضى بشهادتهم وهذا لان القاضي انما يقضي بما عاين من الحجة وهو شهادتهما واذا ثبت ان القضاء ليس الا بشهادتهما لم يضمن غيرهما وقد اخر المصنف دليل محمد مع تقديم قوله وعادته ان يكون المرجح عنده ما اخره **قوله** ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير بناء على ما عرف لهما من ان القضاء انما وقع بشهادة الفروع والضمان انما يكون بالرجوع من تمحض شهادته وعند محمد المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكراه هو قولهما ان القضاء بما عاين القاضي من الحجة وانما عاين شهادة الفروع ومن الوجه الذي ذكره اي محمد وهو ان الفروع نقلوا شهادة الاصول فالقضاء بالشهادة المنقولة وهي شهادة الاصول وقوله والجهتان متغايرتان جواب عما يقال لم يجمع بين الجهتين فيضمن كل من الفريقين نصف المتلف فقال هما متغايرتان لان شهود الاصل يشهدون على اصل الحق وشهود الفرع يشهدون على شهادتهم وقيل لان احدهما اشهاد والاخرى اداء للشهادة في مجلس القضاء ولا مجانسة بين الشهادتين فلا يعتبر شهادة الفريقين بمنزلة شهادة واحدة بامر واحد فلهذا لم يجمع بين الفريقين في التضمين شيئا ثبت له الخيار في تضمين اي الفريقين شاء ولا يرجع واحد من الفريقين اذا ضمن بما ادى على الفريق الآخر بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب فانه اذا ضمن الغاصب يرجع الى غاصبه لان كلا من الشهود مؤاخذ بفعله فاذا ضمن المشهود عليه لا يرجع به على الآخر بسبب المتلف نقل شهادة الاصول اذ لولا اشهاد الاصول ما تمكن الفروع من النقل ولولا نقل الفروع لم يثبت النقل فكان فعل كل من الاصول والفروع في حق المشهود عليه

قال وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت بمعنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض **قال** واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه هو السبب والتلف يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط المحض الا ترى ان القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشائخ فيه ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول

سبب للضمان اما الفروع فبالنقل او اما الاصول فتحميلهم الفروع على النقل اذ تحميلهم لزمهم ذلك شرعا حتى يأثمون لو تركوا النقل بخلاف الغاصب مع غاصبه **قوله** وان رجع المزكون عن التزكية بعد القضاء بالمال ضمنوا المال اطلقه القدوري وذكر المص وغيره ان ذلك قول ابي حنيفة وعندهما لا يضمنون لان القضاء الذي به الاتلاف لم يقع بالتزكية بل بالشهادة فلم يضف التلف اليهم فلا يضمنون وصاروا كشهود الاحصان ما ذا رجعوا بعد الرجم لا يضمنون الدية باتفاقنا ولابي حنيفة رحمه الله ان التزكية علة اعمال الشهادة والشهادة علة التلف فصار التلف مضافا الى التزكية لان الحكم يضاف الى علة العلة بخلاف الاحصان لانه ليس العلة في القتل بل العلة فيه الزنا والاحصان ليس مثبتا للزنا فشهوده لا يثبتون الزنا فليس عليه لعلة القتل ليجب الضمان بل هو شرط محض اي عند وجوده فيكون الحد كذا وتمام المؤثر في الحد رجما كان او جلدا ليس الا الزنا الا انه قد يقال من طرفهما ان الحكم لا يضاف الى علة العلة الا عند عدم العلة وعند وجودها لا يضاف الا اليها وهذا فرع ذكره في المبسوط شهدوا بالزنا فزكوا وقال المزكون على انهم احرار مسلمون فظهروا عبيدا او كفارا لا ضمان عليهم ولا على الشهود اما الشهود فلانه لم يتبين كذبهم في الشهادة بل الواقع ان لا شهادة على المسلمين من عبيد او كفار واما المزكون فلانهم اعتمدوا قول الناس في ذلك وليس اخبار القاضي بذلك شهادة ولما رجعوا وقالوا تعمدنا الكذب فعليهم ضمان الدية عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما الدية في بيت المال في الوجهين لان المزكين ما اثبتوا سبب الاتلاف وهو الزنا انما اثنوا على الشهود خيرا وابو حنيفة يقول جعلوا ما ليس بموجب اعني للشهادة موجبا بالتزكية الخ يعني ما ذكرنا **قوله** واذا شهد شاهدان باليمين اي شهدا بتعليق طلاق زوجته قبل الدخول بها بدخول الدار او تعليق عتق عبده به ثم شهد آخران بدخول الدار فقضي بالطلاق والعتاق ثم رجع الفريقان فالضمان كنصف المهر وقيمة العبد على شهود اليمين خاصة واحترز بلفظ خاصة عن قول زفر فانه يوجب الضمان على الفريقين بالسوية قال لان التلف حصل بشهادتهم قلنا القضاء بالعتق والطلاق انما هو بثبوت قوله انت طالق وانت حر فانه العلة في الوقوع وهذا الذي سماه المص السبب وذلك انما اثبته شهود اليمين بخلاف شهود الدخول لان الدخول لم يوضع علة شرعا للطلاق والاعتاق فلم يكن علة واذا ضمن الدافع مع وجود الحافر وهما سببان غير ان الدافع مثبت لسبب اقرب من الحفر لان العلة انما هي الثقل فلان يضمن مباشر العلة دون مباشر السبب اولى ومن هنا اذا رجع شهود التخيير مع شهود اختيار نفسها ضمن شهود الاختيار خاصة لان الاختيار هو العلة والتخيير سبب ولا يلزم على هذا اذا شهدا انه تزوج فلانة وشهد آخران انه دخل بها وقضي بكل المهر ثم رجعوا يجب الضمان على شهود الدخول والكل ان وجوب المهر بالتزوج لان شهود الدخول اثبتوا ان الزوج استوفى عوض ما وجب عليه بالتزوج فخرجت شهادتهما من ان يكون اتلافا ثم مقتضى ما في وجه انفراد شهود اليمين بالضمان ان يجب على شهود الشرط لو رجعوا وحدهم بسبب ما اثبتوا ثم ما ثبت السبب عنده بخلاف ما اذا رجع شهود اليمين وحكى المص فيه اختلاف المشائخ قال العتابي قال اكثر المشائخ يضمنون لانهم تسببوا في التلف بغير حق لان له اثرا في وجود العلة عنده فيكون سببا للضمان عند عدم العلة بخلاف الاحصان لانه اثر في منع وجود العلة لان الدخول في نكاح صحيح سبب الامتناع من الزنا لا سبب اثباته فلا يلحق بالعلة وجعل شمس الائمة هذا عن بعض مشائخنا يعني ما ذكرنا من كلام العتابي ثم قال وهذا غلط بل الصحيح من المذهب ان شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات لان قوله انت حر مباشرة الاتلاف وذلك عند وجود الشرط يضاف اليه لا الى الشرط سواء كان بحق او لا بخلاف مسئلة الحفر فالعلة هناك ثقل الماشي وذلك ليس من مباشر الاتلاف في شيء فلهذا يجعل الاتلاف مضافا الى الشرط وجواز ايه المسئلة

كتاب الوكالة

ثم لا يخفى عليك ان صورة رجوع شهود الشرط وحدهم فيها ان يختلف في عدم الضمان عليهم والله سبحانه اعلم

كتاب الوكالة

اعقب الشهادة بالوكالة لان كلا من الشاهد والوكيل ساع في تحصيل مراد غيره الموكل والمدعي معتمد عليه كل منهما والوكالة لغة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل وهو تفويض امرك الى من وكلته اعتمادا عليه فيه ترفها او تبرما منك او عجزا عنه والوكالة ابدا اما للعجز او للترفه وكل منهما للضعف ولذا كان معنى الوكيل من فيه ضعف وبه فسر قول لبيد * وكاني ملجم سوذانقا * اجدليا كره غير وكل * والسوذانق والسوذق والسوذنيق الشاهين والاجدل الصقر نسب فرسه اليه ووكله جعله وكيلا اي مفوضا اليه الامر ومنه وكل امره الى فلان ومن هذا قول الحطيئة * فلايا قصرت الطرق عنهم بجسرة * امون اذا وكلتها لا تواكل * يعني اذا فوضت امرها اليها لا تواكل نفسها على ان احثها على السير بل تشمر على جدها في السير ولا تضعف فيه وتوكل قبل الوكالة اتكلت عليه اعتمدت واصله اوتكلت قلبت الواو ياء لسكونها وانكسار ما قبلها ثم ابدلت تاء وادغمت في تاء الافتعال واما الوكيل فهو القائم بما فوض اليه من الامور وهو فعيل بمعنى مفعول اي موكول اليه الامر فاذا كان قويا على الامر قادرا عليه لنصوحا الحكم امر الموكل فاذا رضي الله سبحانه وتعالى ان يكون وكيلا عنك واعتمدت على غيره فهو الحرمان العظيم فكيف اذا وجب عليك لتحقق مصلحتك فضلا منه قال الله عز وجل رب المشرق والمغرب لا اله الا هو فاتخذه وكيلا وعلى هذا استمرار احسانه وبره لا اله غيره واما شرعا فالتوكيل اقامة الانسان غيره مقامه في تصرف معلوم فلو لم يكن التصرف معلوما ثبت به ادنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ فقط وقال الامام المحبوبي اذا قال لغيره انت وكيلي في كل شيء كان وكيلا بالحفظ واما سببها فدفع الحاجة المتحققة اليها كما يظهر في كلام المصنف رحمه الله واما ركنها فالالفاظ الخاصة التي بها يثبت من قوله وكلتك ببيع هذا او شرائه مع اقترانه بقبول المخاطب صريحا او دلالة فيما اذا سكت فلم يقبل او يرد ثم عمل فانه ينفذ وتظهر قبوله بالعمل وروى بشر عن ابي يوسف انه اذا قال لغيره احببت ان تبيع عبدي هذا او قال هويت او رضيت او وافقني او شئت او اردت ونحو ذلك فهو توكيل ولو قال لا انهاك عن طلاق زوجتي لا يكون توكيلا فلو طلق لا يقع ولو قال لعبده لا انهاك عن التجارة لا يصير مأذونا قال الفقيه ابو الليث الجواب في الوكالة كذلك اما في الاذن يجب ان يكون مأذونا في قول علمائنا لان العبد بسكوت المولى يصير مأذونا وهذا فوق السكوت ذكره في الذخيرة ولا بد من قول المعنى ان قوله لا انهاك في حال عدم مباشرة البيع فوق سكوته اذا رآه يبيع وتقدم عن المحبوبي انت وكيلي في كل شيء يكون بالحفظ قال فلو زاد فقال انت وكيلي في كل شيء جائز امرك فعند محمد يصير وكيلا في البياعات والاجارات والهبات والطلاق والعتاق حتى ملك ان ينفق على نفسه من ماله وعند ابي حنيفة في المعاوضات فقط ولا يلي العتق والتبرع وفي فتاوى بعض المتأخرين عليه الفتوى وكذا لو قال طلقت امرأتك او وقفت ارضك الاصح انه لا يجوز ومثله اذا قال وكلتك في جميع اموري ولو قال فوضت امر مالي اليك يصير وكيلا بالحفظ فقط وكذا فوضت امري اليك الصحيح انه مثله وفي المبسوط اذا وكله بكل قليل او كثير فهو وكيل بالحفظ لا بالتقاضي ولا بالبيع ولا الشراء فوضت لك امر مستغلاتي وكان آجرها ملك تقاضي الاجرة وقبضها وكذا امر ديوني ملك التقاضي وامر دوابي ملك الحفظ والرعي والتعليف وامر مماليكي ملكه للحفظ والنفقة ولو فوضت اليك امر امرأتي ملك طلاقها واقتصر على المجلس بخلاف

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل به غيره فيكون بسبيل منه دفعا للحاجة وقد صح ان النبي عليه السلام وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة رضي

ما لو قال وكلتك والوصاية حالة الحيوة وكالة كالوكالة بعد الموت وصاية لان المنظور اليه المعاني وكلتك في كل اموري واقمتك مقام نفسي ليس توكيلا عاما فان كان له صناعة معلومة كالتجارة مثلا ينصرف الى ذلك وان لم يكن له صناعة معلومة ومعاملاته مختلفة فالوكالة باطلة ولو قال وكلتك في جميع الامور التي يجوز فيها التوكيل فتوكيل عامة يتناول البياعات والانكحة واما شرطها فاسيأتي تحقيقه ومن شرط الوكالة ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام واما صفتها فانها من العقود الجائزة غير اللازمة حتى ملك كل من الموكل والوكيل العزل بلا رضى الآخر كما سيجيء ان شاء الله تعالى ولكن شرعيتها غير لازمة رده المحققون قول بعض المشائخ فيما لو قال كلما عزلتك فانت وكيلي انه لا يملك عزله لانه كلما عزله تجدد وكالة فان تعليق الوكالة بالشرط جائز فانه يستلزم كون الوكالة من العقود اللازمة لا الجائزة فالحق امكان عزله ثم اختلفوا في تحقيق لفظ العزل فقيل ان يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف الى المعلق والمنجز وقيل لا يصح لان العزل فرع قيام الوكالة وذلك انما يتحقق في المنجز لان المعلقة بالشرط عدم قبل وجود الشرط فالصحيح ان يقول عزلتك عن الوكالة المنفذة ورجعت عن الوكالة المعلقة والرجوع عنها يصح وقال الفقيه ابو جعفر وظهير الدين المرغيناني يجب ان يقدم الرجوع عن المعلقة على العزل عن المنفذة لانه اذا قدم العزل عن المنفذة تنجز وكالة اخرى من المعلقة قيل وهذا انما يلزم اذا كان لفظ الرجوع يخص المعلقة احترازا عن قول ابي يوسف ان الاخراج عن المعلقة بلفظ العزل لا يصح واما على قول محمد انه يجوز فلا وهو المختار واما حكمها فجواز مباشرة الوكيل ما وكل به وثبوت حكمه للموكل ولا بد من تقييده بكونه الحكم الاصلي المقصود بالذات من الفعل الموكل به والا فمن احكام البيع التمكن من المطالبة بالثمن والمبيع والخصومة في ذلك وليس يثبت ذلك للموكل قوله كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به هذا ضابط لا حد فلا يرد عليه ان المسلم لا يملك بيع الخمر ويملك توكيل الذمي به لان ابطال القواعد بابطال الطرد لا بالعكس ولا يمكن طرده بعدم توكيل الذمي مسلما ببيع خمره وهو يملكه لانه يملك التوكيل به الذي فصدق لفظا لانه لم يقل كل عقد يملكه يملك توكيل كل احد به بل التوكيل به في الجملة وانما يرد عليه توكيل الوكيل الذي لم يفوض اليه التصرف مطلقا فانه يملك العقد الذي وكل به ولا يملك التوكيل به فذكروا ان المراد بالاخير والاهلية استبدال الابناء على اذن غيره فقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم الى آخره اما وكالة حكيم فرواية ابي داود بسند فيه مجهول انه صلى الله عليه وسلم بعثه بدينار ليشتري له اضحية فاشتراها بدينار وباعها بدينارين واشترى اضحية وجاء بدينار واضحية الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فتصدق النبي به ودعا ان تبارك تجارته رواه الترمذي من حديث حبيب بن ثابت عن حكيم وقال لا نعرفه الا من هذا الوجه وحبيب لم يسمع عندي من حكيم الا ان هذا دخل في الارسال عندنا فيصدق قوله صح اذا كان حبيب اماما ثقة واخرج ابو داود عن شبيب بن غرقدة قال حدثني الحي عن عروة البارقي قال اعطاه النبي دينارا ليشتري اضحية او شاة فاشترى شاتين فباع احدهما بدينار واتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة فكان لو اشترى ترابا لربح فيه واخرجه ايضا ابو داود والترمذي وابن ماجه واحمد عن ابي لبيد واسمه لمازة بن زبار عن عروة فذكره الذي تحقق عن هذا ظن ان هذه القضية وقعت له صلى الله عليه وسلم مع حكيم او مع عروة او كل منهما بناء على انهما واقعتان فتثبت شرعية الوكالة على كل حال واما انه وكل عمر بن ابي سلمة بالتزويج فاخرج النسائي عن ثابت حدثني ابن عمر بن ابي سلمة ان النبي بعث اليها يخطبها فارسلت اليه اني امرأة مصيبة واني غيراء وانه ليس احد من اوليائي شاهدا فقال النبي عليه السلام اما كونك غيراء فندعو الله فيذهب غيرتك واما كونك مصيبة فان الله سيكفيك صبيانك واما ان احدا من اوليائك ليس شاهدا فليس احد من اوليائك لا شاهد ولا غائب الا يرضى بي فقالت ام سلمة قم يا عمر فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم فزوجها اياه ورواه احمد وابن راهويه وابو يعلى وابن حبان في صحيحه والحاكم وقال صحيح الاسناد واسم ابن عمر بن ابي سلمة سعيد بن سماه غير حماد بن ابي سلمة ونظر فيه ابن الجوزي بعلة باطنة وهي ان عمر كان اذ ذاك يعني حين زوجها اياه عليه السلام سنه اربع او ثلث سنين فكيف يقال لمثله زوج واستبعده صاحب التنقيح ابن عبد الهادي قال وانكار الكلاباذي وغيره

قال ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل فيها عقيلا وبعدما اسن وكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنه وكذا بايفائها واستيفائها الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء اصلا وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا وقول محمد رح مع ابي حنيفة رح وقيل مع ابي يوسف رح وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره فصار كانه متكلم بنفسه له ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة رح ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص وكلام ابي حنيفة رح فيه اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر به

قال قال ابن عبد البر انه ولد في السنة الثانية من الهجرة الى الحبشة ويقوي هذا ما اخرجه مسلم عن عمر بن ابي سلمة انه سال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال صلى الله عليه وسلم سل هذه فاخبرته ام سلمة انه عليه السلام يصنع فقال عمر يا رسول الله قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تاخر فقال صلى الله عليه وسلم اما والله اني لاتقاكم لله واخشاكم له فظاهر هذا انه كان كبيرا ثم لا يخفى ان ظاهر اللفظ المذكور يقتضي انه كان وكيلا من امه لا نائبا اي قائلا قم يا عمر فزوج لا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما يفيد ذلك حديث اخرجه البيهقي من طريق الواقدي انه صلى الله عليه وسلم خطب ام سلمة الى ابنها عمر بن ابي سلمة فزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يومئذ غلام صغير الا انهم يضعفون الواقدي خلافا لنا وفيه دليل على صحة وكالة الصبي العاقل خلافا لهم ان نظرنا الى حديث الواقدي فظاهر والى الحديث الصحيح فلانه لم يزوجها بحكم الولاية على امه لان الصبي لا ولاية له فيكون تزويجه بحكم الوكالة والله تعالى اعلم وقد قيل ان عمر ابن الخطاب رضي وهو المقول له زوج والمزوج هو سلمة بن ابي سلمة ومما يدل على شرعية الوكالة ما اخرجه ابو داود عن ابن اسحق في كتاب القضاء حدثني وهب بن كيسان عن جابر بن عبد الله انه سمعه يقول اردت الخروج الى خيبر فاتيت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسلمت عليه وقلت اني اريد الخروج الى خيبر فقال اذا اتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا فان ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته وابن اسحق عندنا من الثقات واما على التوكيل على رضي الله تعالى عنه عقيلا رضي الله تعالى عنه فاخرج البيهقي عن عبد الله ابن جعفر قال كان علي يكره الخصومة وكان اذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن ابي طالب فلما كبر عقيل وكلني واخرج عن علي انه وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة وقول المصنف لان الانسان قد يعجز الى آخره بيان حكمة شرعية الوكالة **قوله** ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة الى ذلك فانه ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات التي بها يثبت حقه او يندفع بها عنه ما يدعيه الآخر وكذا يجوز التوكيل بايفاء الحقوق واستيفائها الا في الحدود والقصاص في النفس وما دون النفس فان الوكالة لا تصح بايفائها ولا باستيفائها مع غيبة الموكل من المجلس وهذا يتعلق بالاستيفاء فقط واما في الايفاء فالنفي مطلق لان الايفاء ليس الا تسليم ظهره ونفسه لاقامة الواجب وليس في ذلك الا من الجاني وليس هو للوكيل فكان ذلك قيدا في الاستيفاء وانما لا يجوز الاستيفاء حال غيبة الموكل لانها اي الحدود والقصاص تندرئ بالشبهة وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى بخلاف غيبة الشاهد بالحدود والقصاص فانه يستوفى ذلك مع غيبته لان الشبهة فيه ليس الا الرجوع وليس ثابتا ولا ظاهرا الا من جهة الاصل ولا الغالب لان الاصل الصدق خصوصا مع العدالة والرجوع ليس غالبا بل من نحو ثمان مائة عام لا يعرف الا ما وقع عند علي والله سبحانه وتعالى اعلم بل قد يعدم غيره وهو منزلة ما لا وجود له فلا يعتبر شبهة يدرئ باعتبارها على بخلاف الاستيفاء حال حضرة الموكل فان الوكالة به يجوز فان المستحق قد لا يحسن الاستيفاء فلو امتنع التوكيل به بطل هذا الحق وهذا في القصاص واما في الحدود فان الذي يلي استيفاءها الامام وقد لا يحسن فيجوز توكيل الجلاد والا امتنع ثم لا يخفى ان تعليل المص النفي حالة الغيبة بثبوت شبهة العفو انما يستقيم في القصاص دون الحدود لان العفو فيها لا يتحقق اصلا كما اسلفناه في الحدود ولو كان حد قذف وسرقة لان الحق صار لله سبحانه وحده حتى لو عفى المسروق منه لا يلتفت اليه والقطع فالوجه ان يصح فيما يجري فيه من امكان ظهور شبهة او غلط فيه الاستيفاء لا يمكن تداركه فيؤخر الى ان يحضر نفس المستحق احتياطا للدرء **قوله** وهذا الذي ذكرناه اي من جواز التوكيل باثبات الحدود من جهة المقذوف والمسروق منه باقامة البينة على السبب قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا تجوز الوكالة باثباتها وقول محمد مضطرب تارة يضم الى ابي يوسف رح وتارة الى ابي حنيفة رح فظاهر كلام المصنف ترجيحه وكذا فعل في المبسوط وقيل هذا الخلاف بين ابي حنيفة رح وابي يوسف عند غيبة الموكل فلو وكل باثباتها وهو حاضر جاز اتفاقا لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره لابي يوسف رح ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب اي باب الحدود والقصاص حتى لا يثبت بالشهادة على الشهادة ولا بكتاب القاضي الى القاضي ولا بشهادة النساء مع الرجال فصار كالتوكيل بالاستيفاء حال غيبته ولابي حنيفة رحمه الله ان الخصومة شرط محض لثبوت الحد لان وجوبه انما يضاف الى نفس الجناية لا الى الخصومة والظهور اي ظهور الجناية انما يضاف الى نفس الشهادة لا الى السعي في اثباتها فكان السعي في ذلك حقا كسائر الحقوق فيجوز لقيام المقتضي وانتفاء المانع وقوله سائر الحقوق اي باقيها

وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضاء الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضاء الخصم وهو قول الشافعي رحمه الله ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضاء غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة

فيجوز الوكالة بهذا الحق الباقي الحقوق ولا حاجة الى تفسيره بجميع الحقوق بناء على ما في صحاح الجوهري كم تخطئة الحريري بانه انما هو بمعنى الباقي لا الجميع هذا ويدفع انتفاع المانع فان هذه الخصومة ليس الا السعي في اثبات سبب الحد والاحتيال فيه ووضع الشرع الاحتيال لاسقاطه فان قيل لو صح هذا لم يجز اثباتها من الموكل بنفسه على ما ذكرت انه ساع الى آخره وذلك محل الاجماع قلنا الفرق ان الوكالة فيها زيادة تحصيل حد بزيادة تكلف لاثباته اذ الظاهر انه يوكل للاستقصاء به عليه لشفقته هو عن الاثبات والشرع اطلق في اثباته انه بذلك التكلف الزائد والتوكل فيه بل اذا تجبر تركه لانه صلى الله عليه وسلم قال للذين تبعوا ماعزا حين هرب هلا تركتموه او نحوه ذلك قوله وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص جائزة ابو حنيفة ومنعه ابو يوسف لا اشكال ان كلام ابي حنيفة فيه اظهر منه بالوكالة بالاثبات لان الشبهة التي لها منع ابو يوسف هناك لا تمنع الدفع بل يقتضي ان يتقوا بجواز الوكالة بدفعه ثم لا يجيز الوكيل الاقرار على موكله كما هو قول ابي حنيفة فخلافه هنا عجيب والله تعالى اعلم ثم وجه عدم صحة اقرار الوكيل من جهة المطلوب هنا وجوازه في غيره ان الوكالة بالخصومة انصرفت الى الجواب مطلقا فوقعا من المجاز فيعتبر عمومه فيما لا يندرئ بالشبهات ويحصل منه الاعتراف فيما يندرئ بها بالشرع العام في الدرء بالشبهات وفي اعترافه شبهة في عدم الامر به قوله وقال ابو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة من قبل المدعي والمدعى عليه الا برضا الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقالا يجوز ذلك بغير رضا الخصم وهو قول الشافعي قال المصنف ولا خلاف في الجواز انما الاختلاف في اللزوم قالوا فمعنى هذا قولنا لا يجوز التوكيل الى آخره لا يلزم الا برضا الآخر وانكر بعض الشارحين ما اتفق عليه غيره من التفسير المذكور بسبب المفهوم من عبارة صحيح الحسن الطحاوي وكثير خلاف ذلك ساق عباراتهم فلم تزد على ما علمه من نحو قول القدوري المسطور هنا وهو لا يجوز التوكيل الا برضا الخصم وهم قد علموا ذلك ولم يشكوا فيه انما فسروه بذلك حتى ان شمس الائمة الى ذلك فقال التوكيل بالخصومة عنده بغير رضا الخصم صحيح لكن للخصم ان يطالب الخصم ان يحضر بنفسه ويجيب نحو ذلك هذا الكلام كثير مما يفيد ان المراد ما ذكره وسبب ذلك لما لم يعرف لاحد القول بانه اذا وكل فعلم خصمه فرضي لا يكون رضاه كافيا في توجه خصومة الوكيل ولا يسمع حتى يجدد له وكالة اخرى على ما هو مقتضى الظواهر التي ساقها علموا ان المراد بل يجوز الا برضاه انه لا يمضي على الآخر ويلزم عليه الا ان يرضى ومعنى هذا الا ان اللزوم عليه موقوف على رضاه وهو معنى التاويل المذكور من العبارات التي نقلها مع عن ابي حنيفة لا اقبل وكالة حاضر من صحيح الا ان يرضى خصمه فيه قرينة من التفسير المذكور والحاصل انه يجب التعويل على ما ذكره القوم حتى انه اذا وكل فرضي الآخر لا يحتاج في سماع خصومة الوكيل الى تجديد وكالة كما هو لازم ما اخبر من ظاهر العبارة لهما ان التوكيل بالخصومة تصرف في خالص حقه لان الخصومة حقه الذي لا يصدق عنه فاستنابه فيه تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره وصار كالتوكيل بغير ذلك كتقاضي الديون وله ان جواب الخصم مستحق على خصمه لاستحقاقه عليه بتحضيره الحاكم قبل ان يثبت له عليه شيء ليجيبه عما يدعيه عليه غاية ما ذكرتم انه تصرف في خالص حقه لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما ينفذ اذا لم يتعد الى الاضرار بالغير ولا شك ان الناس متفاوتون في الخصومة كما صح قوله عليه السلام انكم تختصمون الي ولعل بعضكم ان يكون الحن بحجته من الآخر فاقضي له فمن قضيت له بحق اخيه فانما هي قطعة من نار ومعلوم ان الوكيل انما يقصد عادة لاستخراج الحيل والدعاوي الباطلة ليغلب وان لم يكن الحق معه كما افاده الحديث المذكور وفي هذا ضرر بالآخر فلا يلزمه الا بالتزامه وصار كالعبد المشترك اذا كاتبه احد الشريكين فانه تصرف في خالص حقه ومع هذا لما كان متضمنا الاضرار بالآخر كان له فسخها ومن استاجر دابة ليركبها ليس له ان يؤجرها ايا ما تصرف في حقه وملكه ومع ذلك لا يجوز لما فيه من الاضرار بالموجر اذا كان الناس يختلفون في الركوب بخلاف ما قاسا عليه من التوكيل بتقاضي الدين فانه حق ثابت معلوم بقبضه من غير ضرر على الآخر فيه فان القبض معلوم ثم منتهاه الى نيابة على المطلوب ان يقضي ما عليه وللقاضي جبره معلوم اذا جاوزه منع منه بخلاف الخصومة فان ضررها اشد من شدة التقاضي وعدم المساهلة في القبض لتضمنها بالتحيل على اثبات ما ليس بثابت او دفع ما هو ثابت فلا يقبل بغير رضاه الا اذا كان معذورا وذلك بسفره او بعجزه عن الجواب بنفسه مع غيبته او مرضه والتوكيل عليه وغيره بالخصومة ان لم يتعلل فيه استرضاء الخصم لم يقبل هديه فهو جائز الوقوع فلا يدل لا قال شمس الائمة والذي يختاره ان القاضي اذا علم من المدعي التعنت في اباء التوكيل يقبله من غير رضاه واذا علم من الموكل القصد الى الاضرار بالتوكيل لا يقبله

ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال الرازي رحمه الله يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال رضي الله عنه وهذا شيء استحسنه المتاخرون

الا برضى الآخر فحينئذ يحتال في دفع الضرر عن الجانبين ثم ذكر في حد المرض ان لم يستطع المشي ويقدر على الركوب ولو على انسان لكن يزداد مرضه صح التوكيل وان لم يزدد اختلفوا فيه والصحيح ان له ان يوكل لان نفس الخصومة مظنة مزيادة سوء المزاج فلا يلزم به ولا يلزم التوكيل من المسافر ثلاثة ايام الحاضر عند ارادة السفر غير ان القاضي لا يصدقه في دعواه ارادته فينظر الى زيه وعدة سفره ويسأله مع من يريد ان يخرج فيسأل رفقائه عن ذلك كما اذا اراد فسخ الاجارة لعذر من السفر فانه لا يصدقه اذا لم يصدقه الآخر فيسأل كما ذكرنا فان قالوا نعم تحقق العذر في فسخها قوله ولو كانت المرأة مخدرة قال الرازي هو الامام الكبير ابو بكر الجصاص احمد بن علي الرازي يلزم التوكيل منها لانها لو حضرت لم تستطع ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها او يضيع حقها قال المصنف رحمه الله وهذا شيء استحسنه المتاخرون يعني اما على ظاهر اطلاق الاصل وغيره عن ابي حنيفة رحمه الله لا فرق بين البكر والثيب المخدرة والبرزة والفتوى على ما اختاروه من ذلك ثم تخصيص الرازي بقوله ثم الرازي ثم تعميم المتاخرين ليس الا لفائدة انه المبتدئ بتفريع ذلك وتبعوه ثم ذكر في النهاية في تفسير المخدرة عن البزدوي انها التي لا يراها غير المحارم من الرجال اما التي جليت على المنصة فرآها الرجال لا تكون مخدرة وليس هذا بحق بل ما ذكره المصنف من قوله وهي التي لم تجر عادتها بالبروز فاما حديث المنصة فقد تكون عادة لعوامهم يفعل بها والدها ثم لم يعهد لها بروز ومخالطة في تصرفها حوائجها يفعلها غيرها لها لزمه توكيلها لان في الزامها بالجواب تضييع حقها وهذا شيء استحسنه المتاخرون وعليه الفتوى ثم اذا وكلت فلزمها يمين يبعث الحاكم اليها ثلاثة من العدول يستحلفها احدهم ويشهد الآخران على يمينها او نكولها وفي ادب القاضي للصدر الشهيد اذا كان المدعى عليه مريضا او مخدرة وهي التي لم يعهد لها خروج الا لضرورة فان كان القاضي مأذونا بالاستخلاف يبعث نائبا ليفصل الخصومة هناك وان لم يكن يبعث امينا وشاهدين يعرفان المرأة والمريض فان يبعثهما ليشهدا على اقرار كل منهما او انكاره مع الامين لينقلاه الى القاضي ولا بد للشهادة من المعرفة فاذا اشهدا عليهما قال الامين وكل من يحضر مع خصمك مجلس الحاكم فيحضر وكيله ويشهدان عند القاضي باقراره او انكاره لتقام البينة على ذلك الوكيل ولو توجه يمين على احدهما عرضها الامين عليه فان ابى الحلف عرضه ثلاثا فاذا نكل امره ان يوكل من يحضر المجلس ليشهدا على نكوله بحضرته واذا شهدا بنكوله حكم القاضي عليه بالدعوى بنكوله قال السرخسي هذا اختيار صاحب الكتاب فانه لا يشترط للقضاء بالنكول ان يكون على اثر النكول واما غيره من المشايخ فشرطوه فلا يمكن القضاء بذلك النكول فقال بعضهم الامين يحكم عليهما بالنكول ثم ينقل الشاهدان الى القاضي مع وكيلهما فيمضيه القاضي وقال بعضهم يقول القاضي للمدعي اتريد حكما يحكم بينكما بذلك ثمة فاذا رضي يبعث امينا بالتحكيم الى الخصم يخبره بذلك فاذا رضي تحكيمه حكم فان كان مما لا اختلاف فيه نفذ وان كان فيه خلاف وقف على امضاء القاضي والقضاء بالنكول مختلف فيه فاذا امضاه نفذ على الكل وفي الذخيرة من الاعذار التي توجب لزوم التوكيل بغير رضا الخصم عند ابي حنيفة رضي الله عنه حيض المرأة اذا كان القاضي يقضي في المسجد وهذه على وجهين ان كانت طالبة قبل منها التوكيل وان كانت مطلوبة فان اخرها الطالب الى ان يخرج القاضي من المسجد لا يقبل توكيلها بلا رضى الطالب

قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل
فلا بد من ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام
الموكل في العبارة فيشترط ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا

فلو كان الموكل محبوسا فعلى وجهين ان كان في حبس هذا القاضي لا يقبل التوكيل بلا رضاه لان القاضي يخرجه من السجن
ثم يعيده وان كان في حبس الوالي ولا يمكنه الوالي من الخروج الى الخصومة يقبل منه التوكيل **قوله** ومن شرط الوكالة
ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام فهذان شرطان للوكالة في الموكل قيل انما يستقيم الاول على قولهما
اما على قوله فلا لانه لا يجيز توكيل المسلم الذمي ببيع خمر او شرائها والمسلم لا يملكه فالشرط عنده كون الوكيل مالكا لذلك التصرف
الذي وكل به واجاب بعضهم بان المراد بملك التصرف ان يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف باهلية نفسه بان يكون
عاقلا بالغا وهذا حاصل في توكيل المسلم للذمي ببيع خمر وشرائها عند ابي حنيفة رحمه الله على ما هو بازاء ذلك وهو خطأ او تنقضي
ان لا يصح توكيل الصبي المأذون لعدم البلوغ وليس بصحيح بل اذا وكل الصبي المأذون يصح بعد ان يعقل معنى البيع و
اورد عليه ما اذا قال بع عبدي هذا العبد او اشتر لي بعبدي صح التوكيل مع انه لا يصح مباشرة الموكل لمثل هذا كما لو
قال لغيره بعتك عبدي او اشتريت منك هذا العبد لا يجوز واجيب بالفرق بين التوكيل والمباشرة في الجهالة فانها
تمنع في المباشرة لا التوكيل وذلك لان الجهالة انما تمنع لافضائها الى المنازعة لا لذاتها ولذا لم تمنع في بعض البيوع
كبيع قفيز من صبرة طعام حاضر او شرائه وجهالة الوصف لا تفضي اليها في التوكيل لانه ليس بلازم بخلاف المباشرة
للزومها ثم اذا صح التوكيل بذلك فان كان بالشراء فاشترى عبدا لغير عينه لا يجوز كما لو اشترى الموكل بنفسه
او بعينه ان كانت قيمته مثل قيمة العبد الثمن او اقل مما يتغابن الناس فيه يجوز وان كان بما لا يتغابن فيه لا يجوز وكذا
في الوكالة بالبيع ذكره في الذخيرة ولا يخفى ان قوله فان كان بالشراء فاشترى عبدا لغير عينه لا يجوز كما لو اشترى
الموكل بنفسه ليس على اطلاقه لما عرف من مذهبنا في شراء احد العبدين او الثوبين او الثلاثة لغير عينه على ان
يأخذ ايهما شاء يصح وهي مذكورة في خيار الشرط من الهداية واما الشرط الثاني وهو قوله ويلزمه الاحكام
فلان الوكيل يستفيد الولاية من الموكل فلا بد من كون الموكل يملكه ثم قيل هو احتراز عن توكيل الوكيل فان الوكيل
لا يثبت له حكم تصرفه وهو الملك فلا يصح توكيله الا ان يصرح به حقيقة او معنى كما سنذكره وقيل بل عن الصبي والعبد
المحجورين فانهما لو اشتريا شيئا لا يملكانه فلا يصح توكيلهما وصح واورد على الوجه انه يلزم صحة توكيل الوكيل
بسبب انه يملك التصرف فيما يملكه والجواب ان ملكه شرط جواز تمليكه لا علته ليلزم من وجوده الوجود فجاز ان لا يوجد
عند وجود الشرط لفقد شرط آخر كما مع فقد العلة **قوله** ويشترط الى آخره ما تقدم شرط الوكالة
في الموكل وهذا شرطها في الوكيل وهو كونه ممن يعقل العقد ويقصده اي يعقل معناه اي ما يلزم وجوده
من انه سالب بالنسبة الى كل من المتعاقدين جالب الى كل منهما فيسلب عن البائع ملك المبيع ويجلب له ملك البدل
وفي المشتري قلبها ويقصده لفائدته وقول بعضهم ان هذا الشرط احتراز عن الهزل يعني ان من شرط الوكالة
ان لا يهزل الوكيل في البيع والشراء اي ارتباط بين صحة الوكالة وكون الوكيل هازلا في البيع لو كان في بيع ما وكل ببيعه غاية ان

واذا وكل الحر العاقل البالغ او المأذون مثلهما جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة وان وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق وتتعلق بموكليهما لان الصبي من اهل العبارة الا ترى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة اما الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده فلزم الموكل وعن ابي يوسف ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او مجنون له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ظن ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب

لا يصح ذلك البيع والوكالة صحيحة وخرج به الصبي الذي لا يعقل ذلك والمجنون فلا تصح وكالة احدهما وانما اشترط ذلك في الوكيل لانه قائم مقام الموكل في العبارة والموكل لا يصح عقده وعبارته الا اذا كان يعقد ذلك واما زيادة عقليه الغبن الفاحش من غيره فلا ينبغي اشتراطه نعم ان وكله بان يبيعه لا بغبن فاحش فحينئذ ينبغي ان تصح الوكالة ويشترط في صحة بيع الوكيل ان يتعرف قبل بيعه قوله واذا وكل الحر البالغ او المأذون مثلهما جاز واطلق في المأذون فيشمل كلا من الصبي والعبد المأذونين في التجارة لاجتماع الشروط وهي ملك الموكل للتصرف ولزوم الاحكام وعقليه الوكيل في العقد ولم يذكر العقل مع البلوغ لان اشتراط العقل يعرفه كل احد معلوم ايضا ان قوله مثلهما ليس لقيد بل مثلهما او دونهما على حال منهما كتوكيل العبد المأذون حرا او دونهما كتوكيل الحر البالغ عبدا مأذونا قوله وان وكل صبيا محجورا عليه يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا عليه جاز ولا تتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما هذا الكلام له منطوق ومفهوم فمنطوقه ظاهر ووجهه ما ذكره المصنف وان الصبي اي العاقل من اهل العبارة حتى نفذ تصرفه باذن وليه والعبد تصرف في حق نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا من الموكل في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة فالصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده فيلزم الموكل ويعرف من كون انتفاء تعلق الحقوق للعبد لحق السيد انه لو اعتق العبد ان باشر الشراء لزمته الحقوق بخلاف الصبي لو باشر ما وكل به ثم بلغ لا يرجع اليه واما مفهومه فهو ان الوكيل لو كان صبيا مأذونا او عبدا مأذونا تعلقت الحقوق لكنه ليس بمطلق بل ذكر فيه تفصيل في الذخيرة قال ان كان الوكيل صبيا مأذونا وكل بالبيع بثمن حال او مؤجل فباع لزمته العهدة او بالشراء ان كان بثمن مؤجل لا تلزمه العهدة قياسا واستحسانا فيطالب البائع بالثمن الآمر لا الصبي وذلك لان ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة لا ضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن انما التزم بالاجل موكله استوجب مثله في ذمته وهو معنى الكفالة والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن لا ضمان كفالة واما اذا وكله بالشراء بثمن حال فالقياس ان لا يلزمه العهدة والاستحسان يلزمه لان الصبي ملكا حكميا في المشتري فانه يحبسه بالثمن حتى يستوفيه كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبي المأذون من اهل ان يلزمه ضمان الثمن بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا لانه بالثمن من الثمن لا يملك المشترى لا حقيقة ولا حكما فانه لا يحبسه عن الموكل على الاستيفاء والعبد اذا توكل على هذا التفصيل بثمن بعقد ثم اعلم ان الصبي والعبد المحجورين وان لم يتعلق بهما الحقوق فلقبضهما الثمن وتسليمها المبيع اعتبار لما ذكر في الكتاب بعد هذا في التوكيل بعقد السلم فقال والمستحق بالعقد قبض العاقد هو الوكيل فيصح قبضه وان لم يتعلق بها الحقوق كالصبي والعبد وفي المبسوط الكان المأمور مرتدا جاز بيعه لانه من اهل العبارة المعتبرة ولكن يتوقف حكم العهدة عند ابي حنيفة فان اسلم كانت العهدة عليه والا فعلى الآمر وعندهما العهدة عليه على كل حال وهو نظير اختلافهم في تصرفات المرتد لنفسه بيعا او شراء ونظير الصبي والعبد المحجورين في عدم تعلق الحقوق الرسول في البيع والشراء امينه في النسخ والعقود انتهى كلام الشارح رحمه الله تعالى

تمت الحمد لله على ما وفقنا باختتام هذا الكتاب المستطاب للامام الاعلام شيخ الملة والاسلام كمال الدين محمد المعروف بابن الهمام روح الله روحه ونور ضريحه والحق بتذييله التكملة من غاية عنايته وفضله في تصحيحه ومقابلته من النسخ الصحاح المتعددة المقروة على العلماء المهرة والفضلاء الكملة الذين كانوا كلهم مجتهدين في الفقه والاصول ومتبحرين في بحار المعقول والمنقول في شهر شوال يسنه اثنين وتسعين بعد الالف والمائتين من الهجرة المقدسة النبوية سيد الثقلين عليه اكمل الصلوة والسلام في اللوح

إن الله على كل شيء قدير

قد طبع الكتاب الكاشف لاسرار المجلد الثامن من الهداية الذي يزري بزهوها على الانوار الربيعية الكاشف
لمعضلات الهداية الحاوي لمسائل الفقه الحنفية المستجمع لحقائق الرواية والمستكمل لدقائق الدراية

المسمى

نتائج الأفكار

تكملة

فتح القدير

مع الهداية

للعلامة النحرير امام العلماء سيد الفقهاء عالم بلاد الروم وقاضي عسكرها ومفتيها مولانا زين الملة والدين الاحمدي
الافندي القاضي زاده اسكنه الله جنة دار السلام . بتصحيح وحيد العصر فريد الدهر مولوي محمد اعظم حسين الخيرآبادي [illegible]

في المطبع المنشي نولكشور الواقع في لكهنو

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الوكالة

كتاب الوكالة لما فرغ من بيان احكام الشهادات بانواعها وما يتبعها من الرجوع فيها شرع في بيان احكام الوكالة اما المناسبة ان كل واحدة
من الشهادة والوكالة صفة من صفات الله تعالى لقوله ثم الله شهيد على ما يفعلون وقوله حسبنا الله ونعم الوكيل واما لان كلا منهما ايصال النفع الى الغير
بالاعانة في حقه واما لان كلا منهما يصلح سببا لاكتساب الثواب والصيانة عن العقاب في المعاملات كذا في النهاية قال صاحب العناية عقب الشهادة
بالوكالة لان الانسان خلق مدنيا بالطبع يحتاج في معاشه الى تعاضد وتعاوض والشهادات من التعاضد والوكالة منه وقد يكون فيها التعاوض ايضا
فصارت كالمركب من المفرد فاوثرتأخيرها انتهى وقال بعض الفضلاء في بيان قوله وقد يكون فيها التعاوض ايضا كما اذا كان وكيلا بالبيع او الشراء مثلا
انتهى اقول هذا سهو ظاهر لان التعاوض فيما ذكره من المثال انما هو في متعلق الوكالة اعني الموكل به وهو البيع او الشراء لا في نفس الوكالة والكلام فيها لا في
الاول والا فقد يكون التعاوض في متعلق الشهادة ايضا كما اذا شهد بالبيع او الشراء مثلا والصواب ان مراد صاحب العناية هو انه قد يكون في نفس
الوكالة التعاوض كما اذا اخذ الوكيل الاجرة لاقامة الوكالة فانه غير ممنوع شرعا اذ الوكالة عقد جائز لا يجب على الوكيل اقامتها فيجوز اخذ الاجرة فيها بخلاف
الشهادة فانها فرض يجب على الشاهد اداؤها فلا يجوز فيها التعاوض اصلا ثم ان محاسن شرعية الوكالة ظاهرة اذ فيها قضاء حوائج المحتاجين الى مباشرة
افعال لا يقدرون عليها بانفسهم فان الله تعالى خلق الخلائق على همم شتى وطبائع مختلفة واقوياء وضعفاء وليس كل احد يرضى ان يباشر الاعمال بنفسه ولا كل
احد يهتدي الى المعاملات فمست الحاجة الى شرعية الوكالة فنبينا صلى الله عليه وسلم باشر بعض الامور بنفسه الكريمة تعليما لسنة التواضع وفوض بعضها الى غيره
ترفيها لاصحاب المروات ثم ان فيها امورا يحتاج الى معرفتها تفسير الوكالة لغة وشرعا ودليل جوازها وسببها وركنها وشرطها وصفتها وحكمها اما التفسير لغة
فالوكالة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل من وكله بكذا اذا فوض اليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوض اليه والجمع الوكلاء فانه فعيل بمعنى مفعول لانه موكول
اليه الامر اي مفوض اليه واما شرعا فهي عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم واما دليل جوازها فالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا
احدكم بورقكم هذه الى المدينة لان ذلك كان توكيلا وقد قصه الله تعالى عن اصحاب الكهف بلا نكير فكان شريعة لنا والسنة وهي ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره

وكل حكيم بن حزام لشراء الاضحية وعروة البارقي ايضا ووكل عمر بن ام سلمة بالتزويج وا الاجماع فان الامة اجمعت على جوازها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وكذا المعقول يدل عليه على ما سياتي في الكتاب واما سببها فتعلق البقاء المقدر بتعاطيها كما في سائر المعاملات واما ركنها فالالفاظ التي يثبت بها الوكالة كلفظ وكلت واشباهه روى بشر عن ابي يوسف ره اذا قال الرجل لغيره احببت ان تبيع عبدي هذا او هويت او رضيت او شئت او اردت فذاك توكيل وامر بالبيع واما شرطها فان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام كما سياتي في الكتاب وستعرفه مشروحا واما صفتها ففي انها عقد جائز غير لازم حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضى صاحبه واما حكمها فجواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه قال اي القدوري في مختصره كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره هذه ضابطة تبين بها ما يجوز التوكيل به لا حاصرة فلا يرد عليها ان المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشرائها بنفسه لو وكل ذميا بذلك جاز عند ابي حنيفة رحمه الله لان ابطال القواعد بابطال الطرد لا العكس على ما نصوا عليه والعجب ههنا ان صاحب العناية مع اعترافه بذلك حيث اجاب عن الاعتراض بالصورة المذكورة بان العكس غير لازم وليس بمقصود قال في شرح هذا المقام هذه ضابطة تبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز انتهى فان العكس اذا لم يكن لازما ولا مقصودا في الضوابط كيف يتبين بهذه الضابطة ما لا يجوز التوكيل به وقد اعترض على طرد هذه الضابطة بوجوه الاول ان الوكيل جاز له ان يعقد بنفسه واذا وكل غيره ولم يوذن له في ذلك لا يجوز والثاني ان الانسان جاز له ان يستقرض بنفسه ولو وكل غيره بالاستقراض لا يجوز والثالث ان الذمي يملك بيع الخمر بنفسه ولا يجوز له ان يوكل المسلم ببيعها واجيب عن الاول بان المراد بقوله يعقده الانسان بنفسه هو ان يكون مستبدا به والوكيل ليس كذلك وعن الثاني بان محل العقد من شروطه لكون المحال مشروطا على ما عرف وذاك ليس بموجود في التوكيل بالاستقراض لان الدراهم التي استقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل ورد هذا بانه مقرر للنقض لا دافع ودفع بانه من باب التخلف لمانع وقيد عدم المانع في الاحكام الكلية غير لازم ونقض بالتوكيل بالشراء فانه جائز وما ذكرتم موجود فيه وفرق بان محل عقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل وفي الاستقراض الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكه وقيل هلا جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل ودفع بان ذاك محل التوكيل بالقبض لا بالاستقراض هذا نهاية ما في العناية اقول ولقائل ان يقول كما ان الامر بالتصرف في ملك الغير باطل كذلك التصرف بنفسه في ملك الغير باطل فيلزم ان يكون الاستقراض بنفسه ايضا باطلا بناء على هذا وليس كذلك ثم اقول يمكن ان يدفع ذلك بان المستقرض بنفسه متصرف في ملك نفسه وهو عبارته دون ملك غيره وهو الدراهم المستقرضة واما المامور بالاستقراض فان تصرف في عبارة نفسه بان قال للمقرض مثلا اقرضني عشرة دراهم كان الاستقراض لنفسه لا للآمر فله ان يمنع العشرة من الآمر كما صرحوا به وان تصرف في عبارة الآمر بان قال مثلا ان فلانا يستقرض منك عشرة دراهم ففعل المقرض كانت العشرة للآمر ولكن المامور يصير في هذه الصورة رسولا لا وكيلا والباطل هو الوكالة في الاستقراض دون الرسالة فيه فان الرسالة موضوعة لنقل عبارة المرسل فالرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد امره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة فيصح فيما هو حقه واما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل بل العبارة للوكيل فلا يمكننا تصحيح هذا الامر باعتبار العبارة كما نص عليه في الذخيرة بقي ههنا شيء وهو ان ما ذكر منقوض بجواز التوكيل بالاستيهاب والاستعارة وسياتي تمام بحثه ان شاء الله تعالى واجيب عن الثالث بان الذمي كما يملك بيع الخمر بنفسه يملك توكيل غيره ببيعها ايضا حتى انه لو وكل ذميا آخر ببيعها يجوز وانما لم يجز توكيل المسلم ههنا لمعنى في المسلم وهو انه مامور بالاجتناب عنها وفي جواز التوكيل ببيعها اقترابها فكان ذلك امرا عارضا في الوكيل والعوارض لا تقدح في القواعد حتى ان قائلا لو قال كل من تزوج امراة بنكاح صحيح حل له وطيها لا ترد عليه الحائضة والمحرمة هذا زبدة ما في اكثر الشروح واجاب عنه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال والذمي

لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل به غيره فيكون بسبيل منه دفعا
للحاجة وقد صح ان النبي عليه السلام وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة رض

جائز له توكيل المسلم والممتنع توكل المسلم عنه وليس كلامنا في ذلك لجواز ان يمنع مانع عن التوكل وان صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة اقترابه منها انتهى وقال بعض الفضلاء هذا على تقدير صحته يكون جوابا عن النقض بالاستقراض ايضا الا انه لما كان مخالفا لما سيجيء من المصنف ره من ان التوكيل بالاستقراض باطل لم يذكره الشارح في معرض الجواب ولم يجب بما اجاب به غيره من الشراح لذلك ايضا انتهى اقول ليس هذا البعد بعيدا اما اولا فلان ما ذكره صاحب العناية ههنا لا يكاد يكون جوابا عن النقض بالاستقراض لان المانع هناك في نفس التوكيل وهو بطلان الامر بالتصرف في ملك الغير والمانع ههنا على رأيه انما هو في التوكل وهو حرمة اقتراب المسلم من الخمر فاين هذا من ذاك واما ثانيا فلانه لا معنى لقوله ولم يجب بما اجاب به غيره من الشراح لما ذكره من قبل وليس فيه شيء مناف لما سيجيء من المصنف ره من ان التوكيل بالاستقراض باطل كما لا يخفى على الفطن فلا وجه لدرج قوله المذكور في حيز جواب ما في قوله الا انه لما كان مخالفا لما سيجيء من المصنف ره الخ ثم قال ذلك القائل بقي فيه بحث اذ التوكيل والتوكل كالكسر والانكسار ثم ليت شعري ما معنى جوازه انتهى اقول هذا ساقط جدا اذ لا يذهب على ذي مسكة ان الانكسار مطاوع الكسر فلا يتحقق احدهما بدون الآخر بخلاف التوكيل والتوكل فان التوكيل تفويض الامر الى الغير والتوكل قبول الوكالة على ما صرحوا به ولا شك في جواز تحقق الاول بدون الثاني ثم لا ينبغي ان يتوهم لزوم مطاوع لكل فعل متعد الا يرى الى صحة قولك خيرته فلم يختر وصحة قولك نبهته فلم ينتبه وما اشبههما فمن ذلك قولك وكلته ولم يتوكل فلا اشكال اصلا قال المصنف في تعليل جواز الوكالة فيما ذكر لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال بان كان مريضا او شيخا فانيا او رجلا ذا وجاهة لا يتولى الامور بنفسه فيحتاج الى ان يوكل غيره فلو لم يجز التوكيل لزم الحرج وهو منتف بالنص فيكون اي الانسان بسبيل منه اي من التوكيل دفعا للحاجة ونفيا للحرج واعترض على هذا بانه دليل اخص من المدلول وهو جواز الوكالة فانها جائزة وان لم يكن ثمة عجز اصلا واجيب بان ذلك بيان حكمة الحكم وهي تراعى في الجنس لا في الافراد قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك الاعتراض مع جوابه المذكور ويجوز ان يقال ذكر الخاص واراد العام وهو الحاجة لان الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شائع وحينئذ يكون المناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز انتهى اقول وجود الحاجة بدون العجز في باب الوكالة ممنوع فانهم صرحوا ومنهم الشارح ابن الهمام بان الوكالة اما للعجز واما للترفه والظاهر ان ليس في صورة الترفه حاجة فتأمل وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل بالشراء اي بشراء الاضحية حكيم بن حزام ويكنى ابا خالد ولد قبل الفيل بثلث عشرة سنة او باثني عشرة سنة على اختلاف الروايتين اسلم يوم الفتح وشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم مسلما وكان من وجوه قريش واشرافها وعاش في الجاهلية ستين سنة وفي الاسلام ستين سنة ومات بالمدينة في خلافة معاوية سنة اربع وخمسين وهو ابن مائة وعشرين سنة كذا ذكر ابن شاهين في كتاب المعجم وقال الكرخي في اول كتاب الوكالة في مختصره حدثنا ابراهيم بن موسى الجوزي قال حدثنا يعقوب الدورقي قال حدثنا عبد الرحمن بن مهدي عن سفيان عن ابي حصين عن شيخ من اهل المدينة عن حكيم بن حزام ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا ليشتري له اضحية فاشترى له اضحية بدينار فباعها بدينارين ثم اشترى اضحية بدينار فجاء بدينار واضحية فتصدق النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار ودعا له بالبركة وبالتزويج عمر بن ام سلمة اي وكله بتزويج امه ام سلمة من النبي صلى الله عليه وسلم كذا في الشروح قال صاحب غاية البيان ولنا في توكيل عمر بن ابي سلمة نظر لان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج ام سلمة بعد وقعة بدر في سنة اثنتين كذا قال ابو عبيدة معمر بن المثنى وكان عمر بن ابي سلمة يوم توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن تسع سنين قاله الواقدي ويكون على هذا الحساب سن عمر بن ام سلمة يوم تزوج ام سلمة سنة واحدة فكيف يوكله رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو طفل لا يعقل انتهى وقد سبقه الى هذا النظر ابن الجوزي حيث قال في هذا الحديث نظر لان عمر بن ام سلمة كان له من العمر يوم تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلث سنين وكيف يقال لمثل هذا زوج

قال ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدى الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رضه وكل فيها عقيلا وبعدما اسن وكل عبد الله بن جعفر رضه وكذا بايفائها واستيفائها

بيانه انه عليه السلام تزوجها في سنة اربع ومات عليه الصلوة والسلام ولعمر تسع سنين انتهى وقال ابن عبد الهادي صاحب التنقيح قوله انه عليه السلام مات ولعمر تسع سنين بعيد وان كان قد قاله الكلاباذي وغيره وقال قال ابن عبد البر انه ولد في سنة الثانية من الهجرة الى الحبشة ويقوي هذا ما اخرجه مسلم في صحيحه عن عمر بن ابي سلمة انه سال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال عليه الصلوة والسلام سل هذه فاخبرته امه ام سلمة انه عم يصنع ذلك فقال عمر رض يا رسول الله قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تاخر فقال صلى الله عليه وسلم اما والله اني لاتقاكم لله تعالى واخشاكم فظاهر هذا انه كان كبيرا اقول ظاهر قول المصنف ره وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل الخ يدل على ان المراد به ذكر الدليل النقلي على قوله كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره بعد ان ذكر دليلا عقليا عليه فيتجه على ذلك ان توكيل النبي صلى الله عليه وسلم في المادتين المخصوصتين لا يدل على ما في الدعوى المذكورة من الكلية فالاولى ان يكون المراد به مجرد تائيد ما تقدم من التعليل العقلي الذي مبناه دفع الحاجة بوقوع التوكيل عند الحاجة من النبي صلى الله عليه وسلم لا اقامة دليل مستقل على الدعوى الكلية السابقة وكانه عن هذا قال وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل الخ ولم يقل ولان النبي صلى الله عليه وسلم وكل الخ قال اي القدوري في مختصره ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق اي في جميعها لما قدمنا من الحاجة يشير الى قوله لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج ان يوكل غيره اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات تعليل لجريان ما قدمه ههنا قال صاحب غاية البيان اما التوكيل بالخصومة في سائر الحقوق فانما جاز لما روينا قبل هذا ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل في الشراء فاذا جاز التوكيل فيه جاز في غيره لانه عقد يجوز ان يتولاه الموكل بنفسه فجاز ان يوكل غيره كالبيع ولان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه فجاز ان يوكل غيره وهو المراد من قوله لما قدمنا انتهى اقول تعليله الثاني الذي هو مراد المص ره بقوله لما قدمنا صحيح لا ريب فيه واما تعليله الاول فغير صحيح لان الكلام ههنا في التوكيل بالخصومات لا في التوكيل في العقود وما ذكره في تعليله الاول انما يمشي في العقود دون الخصومات فلذلك قال المصنف وقد صح ان عليا وكل عقيلا اي وكله في الخصومات وانما كان يختار عقيلا لانه كان ذكيا حاضر الجواب حتى حكي ان عليا رضي الله عنه استقبله يوما ومعه عنز له فقال علي رضي الله عنه على سبيل الدعابة احد الثلثة احمق فقال عقيل اما انا وعنزي فعاقلان وبعدما اسن عقيل وكل عبد الله بن جعفر رض اما لانه وقر عقيلا لكبر سنه او لانه انتقص ذهنه فوكل عبد الله بن جعفر رض وكان شابا ذكيا كذا في المبسوط اخرج البيهقي عن عبد الله بن جعفر قال كان علي رضي الله عنه يكره الخصومة وكان اذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن ابيطالب فلما كبر عقيل وكلني واخرج عن علي رضي الله عنه انه كان وكل عبد الله بن جعفر رض بالخصومة وقال الخصاف في ادب القاضي حدثنا معاذ بن اسد الخراساني قال حدثنا عبد الله بن المبارك عن محمد بن اسحق عن جهم بن ابي الجهم عن عبد الله بن جعفر ان عليا رضي الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول ان لها قحما تحضرها الشياطين فجعل علي رضي الله عنه الخصومة الى عقيل فلما كبر ورق حولها الي فكان علي رضي الله عنه يقول ما قضي لوكيلي فلي وما قضي على وكيلي فعلي انتهى وقال الزمخشري في الفائق ان عليا رضي الله عنه وكل اخاه عقيلا بالخصومة ثم وكل بعده عبد الله بن جعفر رض وكان لا يحضر الخصومة وكان يقول ان لها قحما وان الشياطين تحضرها اي مهالك وشدائد وقحم الطريق ما صعب منه وشق على سالكه انتهى وفي هذا الحديث دليل على جواز التوكيل بالخصومة وفيه دليل ايضا على ان لا يحضر مجلس الخصومة بنفسه وهو مذهبنا ومذهب عامة العلماء وليصنع على رضي الله عنه وقال بعض العلماء الاولى ان يحضر بنفسه لان الامتناع من الحضور الى مجلس القاضي من علامات المنافقين وقد ورد الذم على ذلك قال الله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون انما كان قول المؤمنين اذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم ان يقولوا سمعنا واطعنا وجوابه ان تاويل الآية الرد من المنافق والاجابة من المؤمن اعتقادا كذا في شرح ادب القاضي وذكر في غاية البيان وكذا بايفائها واستيفائها

الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائهما مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء اصلا وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا وقول محمد رح مع ابي حنيفة رح وقيل مع ابي يوسف رح وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته

اي وكذا يجوز الوكالة بايفاء الحقوق واستيفائها لما مر من دفع الحاجة الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائهما اي باستيفاء الحدود والقصاص مع غيبة الموكل اي عن المجلس واما الوكالة بايفاء الحدود والقصاص فعدم صحتها مطلقا اي مع غيبة الموكل ومع حضوره امر بين لان الايفاء انما يكون بتسليم النفس او البدن لاقامة العقوبة الواجبة وهذا لا يصح الا من الجاني اذ اقامة العقوبة على غير الجاني ظلم صريح فلذلك اكتفى المص رح بنفي صحة الوكالة باستيفائهما مع غيبة الموكل قال في تعليله لانها اي الحدود والقصاص تندرئ بالشبهات فلا تستوفى بمن يقوم مقام الغير لما في ذلك من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال وشبهة العفو ثابتة حال غيبة اي غيبة الموكل هذا الوجه مخصوص بالقصاص اذ الحدود لا يعفى عنها فالمراد ان في القصاص ثبوت شبهة اخرى حال غيبة الموكل وهي شبهة العفو لجواز ان يكون الموكل قد عفا ولم يشعر به الوكيل بل هو الظاهر اي بل العفو هو الظاهر للندب الشرعي الى العفو لقوله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى وفي القصاص خلاف الشافعي رحمه الله فانه يقول هو خالص حق العبد فيستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا للضرر عن نفسه ولكنا نقول انه عقوبة تندرئ بالشبهات بخلاف سائر حقوقه فافترقا بخلاف غيبة الشاهد حيث يستوفى الحدود والقصاص عند غيبته لان الظاهر عدم الرجوع يعني ان الشبهة في حق الشاهد هي الرجوع والظاهر في حقه عدم الرجوع اذ الصدق هو الاصل لا سيما في العدول فلم يعتبر مثل تلك الشبهة اقول يرد عليه ان الرجم من الحدود ولا يستوفى عند غيبة الشهود في ظاهر الرواية كما مر في كتاب الحدود ويقتضي ذلك اعتبار شبهة الرجوع في حق الشهود وهناك اللهم الا ان يقال عدم استيفاء الرجم اذ ذاك لفوات الشرط وهو بداية الشهود بالرجم لا بمجرد شبهة الرجوع فتامل وبخلاف حالة الحضرة اي حضرة الموكل في المجلس حيث يستوفي ذلك عنده لانتفاء هذه الشبهة اي شبهة العفو فان العفو عند حضور الموكل مما لا يخفى فلا يشتبه اقول لقائل ان يقول ان انتفاء الشبهة المعينة لا يقتضي انتفاء الشبهة مطلقا والحدود والقصاص تندرئ بمطلق الشبهات فلا يتم التقريب على ان شبهة العفو مخصوصة بالقصاص فلم يظهر الفرق بين الحضرة والغيبة في استيفاء الحدود اصلا ولما استشعر ان يقال اذا كان الموكل حاضرا لم يحتج الى التوكيل بالاستيفاء راسا اذ هو يستوفيه بنفسه اجاب بقوله وليس كل احد يحسن الاستيفاء اما لقلة هدايته او لان قلبه لا يحتمل ذلك فلو منع عنه اي عن التوكيل بالاستيفاء ينسد باب الاستيفاء اصلا اي ينسد بابه بالنسبة اليه بالكلية فجاز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا لئلا ينسد بابه قال المص رح وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله وقال جمهور الشراح في تفسير كلام المص رح هذا اي جواز التوكيل باثبات الحدود والقصاص قول ابي حنيفة رحمه الله وقال الوافي توجيه تفسيرهم اياه بهذا المعنى لانه لما قال ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق اي جميعها وبايفائها واستيفائها واستثنى ايفاء الحدود والقصاص واستيفائها بقيت الخصومة بالحدود والقصاص داخلة في قوله بالخصومة في سائر الحقوق فقال هذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان هذا الذي ارتكبوه في حل كلام المص رح ههنا تكلف بارد وتعسف شارد حيث جعلوا البعض الغير المعين في الكلام السابق بل الداخل في مجرد كلية مشارا اليه بلفظ هذا الذي يشار به الى المحسوس المشاهد او الى ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد ثم ان ههنا لمندوحة عن ذلك بحمل كلام المص رح على معنى ظاهر منه وهو ان هذا الذي ذكرناه صريحا فيما مر آنفا من قولنا ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رح لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة البينة اي قال ابو يوسف رح لا يجوز الوكالة بالخصومة في البعض من تلك الحقوق وهو اثبات الحدود والقصاص ايضا اي كما لا تجوز الوكالة بايفاء الحدود والقصاص واستيفائهما بالاتفاق وقول محمد رح مع ابي حنيفة رح وقيل مع ابي يوسف رح يعني ان قول محمد رحمه الله مضطرب يذكر تارة مع ابي حنيفة رح وتارة مع ابي يوسف رح ولكن الظاهر من تحرير المصنف رح ترجيح الاول كما لا يخفى على الفطن قال في الكافي بعد قوله وقول محمد رح مضطرب والاظهر انه مع ابي حنيفة رح وقيل هذا الاختلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف في غيبته اي غيبة الموكل دون حضرته

لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره فصار كانه متكلم بنفسه وله ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز
عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة رح ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف
الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد
القصاص وكلام ابي حنيفة رح فيه اظهر لان الشبهة لاتمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر به
وقال ابو حنيفة رح لايجوز التوكيل بالخصومة من غير رضاء الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام
فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضاء الخصم وهو قول الشافعي رح ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم

اي هو جائز في حضرته بالاتفاق لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره فكانه فعل بنفسه وله اي لابي يوسف رح ان التوكيل انابة والانابة فيها شبهة لامحالة
وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب اي في باب الحدود والقصاص لانه مما يندرئ بالشبهات كما في الشهادة على الشهادة اي كالشبهة التي في الشهادة على
الشهادة حتى لايثبت بها الحدود والقصاص بالاتفاق كما لايثبت بشهادة النساء مع الرجال ولا بكتاب القاضي الى القاضي وكما في الاستيفاء اي كالشبهة
التي في التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص عند غيبة الموكل فانها مانعة لصحة التوكيل بالاتفاق ولابي حنيفة رح ان الخصومة شرط محض اي لاحظ لها في الوجوب
ولا في الظهور لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة والشرط المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته بنفسه فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق
اي باقيها لقيام المقتضي وانتفاء المانع لان قيل المانع موجود وهو الشبهة كما في الاستيفاء والشهادة على الشهادة على ما مر لانا نقول الشبهة في الشرط لاتصلح
للمنع اذ لايتعلق به الوجوب ولا الوجود ولا الظهور بخلاف الاستيفاء فانه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على الشهادة فانها يتعلق بها الظهور وعلى هذا الخلاف
المذكور التوكيل بالجواب من جانب من عليه اي من جانب من عليه الحد او القصاص فاجازه ابو حنيفة رح ومنعه ابو يوسف رح وقول محمد رح مضطرب ما قال
المصنف وكلام ابي حنيفة رح فيه اي في التوكيل بالجواب اظهر لان الشبهة لاتمنع الدفع يعني ان التوكيل بالجواب انما يكون للدفع ودفع الحدود والقصاص
يثبت بالشبهات حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وبشهادة النساء مع الرجال فالشبهة التي ذكرت في دليل ابي يوسف رح على تقدير
كونها معتبرة لاتمنع ههنا غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه اي على موكله يعني لو اقر هذا الوكيل في مجلس القضاء بوجوب الحد او القصاص على موكله لم يقبل
اقراره استحسانا لما فيه اي في اقراره من شبهة عدم الامر به فلم يعتبر فيما يندرئ بالشبهات والقياس ان يقبل اقراره لقيامه مقام موكله بعد صحة التوكيل كما في
الاقرار بسائر الحقوق ووجه الاستحسان ما ذكره المصنف رح وتوضيحه انا حملنا التوكيل بالخصومة على الجواب لان جواب الخصم من الخصومة ولكن هذا نوع من المجاز
فاما في الحقيقة فالاقرار ضد الخصومة والمجاز وان اعتبر لقيام الدليل فالحقيقة شبهة فيما يندرئ بالشبهات دون ما يثبت مع الشبهات كذا في المبسوط وذكر في كثير من
الشروح واعلم ان جواز التوكيل باثبات الحدود وعند من جوزه انما هو في حد القذف وحد السرقة واما التوكيل باثبات حد الزنا وحد الشرب فلا يصح اتفاقا لانه لاحق
فيهما لاحد من العباد وانما تقام البينة على وجه الحسبة فاذا كان اجنبيا عنه لايصلح توكيله به نص عليه في الكافي والتبيين قال ابو حنيفة رح لايجوز التوكيل بالخصومة
سواء كان التوكيل من قبل الطالب او من قبل المطلوب الا برضى الخصم ويستوي فيه الشريف والوضيع والرجل والمرأة والبكر والثيب كذا في الشروح والفتاوى
الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا يعني الا ان يكون الموكل معذورا بعذر المرض او السفر فحينئذ يجوز التوكيل بالخصومة بدون رضى الخصم
عنده ايضا وقالا يجوز التوكيل بغير رضى الخصم اي يجوز ذلك عندهما في جميع الاحوال سواء رضي الخصم ام لا وسواء كان الموكل معذورا ام لا وكان ابو يوسف رح
يقول اولا يقبل ذلك من النساء دون الرجال ثم رجع عن ذلك وقال يقبل من النساء والرجال جميعا وهو قول الشافعي رحمه الله ايضا وفي الخلاصة والفقيه
ابو الليث يفتي بقولهما وفي فتاوى قاضيخان وبه اخذ ابو القاسم الصفار وقال شمس الائمة السرخسي الصحيح عندي ان القاضي اذا علم بالمدعي التعنت في اباء
التوكيل يقبل التوكيل ولا يلتفت اليه وان علم من الموكل القصد الى الاضرار بالمدعي ليشتغل الوكيل بالحيل والاباطيل والتلبيس لايقبل منه التوكيل وذكر
شمس الائمة الحلواني ان ذلك يفوض الى رأي القاضي وهذا اقرب من الاول انتهى قال المصنف ولا خلاف في الجواز اي لا خلاف بين ابي حنيفة رحمه الله
وبين صاحبيه والشافعي رحمهم الله في الجواز حتى انه اذا وكل فرضي الخصم لايحتاج في سماع خصومة الوكيل الى تجديد وكالة انما الخلاف في اللزوم ومعناه انه اذا وكل
من غير رضى الخصم هل يرتد برده ام لا فعنده يرتد خلافا لهم فعلى هذا التاويل يكون معنى قول القدوري قال ابو حنيفة رح لايجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم

لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة

اي لا يلزم ذكر الجواز واراد اللزوم لان الجواز من لوازم الملزوم فيجوز ذكر اللازم وارادة الملزوم كذا في الشروح وقد تصرف فيه صاحب الغاية تحريراً وايراداً حيث قال فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم مجازا لقوله ولا يلزم ذكره بجوازه واراد اللزوم فان الجواز لازم اللزوم عرف ذلك في اصول الفقه سلمناه لكن ذلك ليس بمجاز انتهى اقول الظاهر ان مراده بقوله لكن ذلك ليس بمجاز الرد على قوله مجازا بان ما ذكر ليس من قبيل المجاز بل هو من قبيل الكناية بناء على ما ذكره السكاكي من ان الانتقال في المجاز من الملزوم الى اللازم وفي الكناية من اللازم الى الملزوم لكنه ليس بشيء اما اولا فلان لفظ المجاز لم يذكر في تحرير غيره من الشراح ولا يتوقف عليه صحة التاويل المذكور فانه يصح سواء كان بطريق المجاز او بطريق الكناية فكان مدار رده المزبور على لفظ زاد من عند نفسه في بيان التاويل المذكور رداً واما ثانيا فلانهم حققوا ان الانتقال في المجاز والكناية كليهما من الملزوم الى اللازم وردوا ما ذهب اليه السكاكي بان اللازم ما لم يكن ملزوما لم ينتقل منه الى الملزوم وجعلوا العمدة في الفرق بينهما جواز ارادة المعنى الموضوع له وعدم جوازها فيجوز ان يجعل لفظ يجوز فيما نحن فيه مجازا عن معنى يلزم بلا محذور اصلا ثم قال صاحب الغاية والحق ان قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضي به الخصم صح والا فلا حاجة الى قوله ولا خلاف في الجواز والى التوجيه بجعله مجازا انتهى اقول لا يخفى على الفطن ان هذا الكلام خال عن التحصيل لانه ان اراد بقوله ان قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم ان معنى الاول من حيث الحقيقة هو معنى الثاني بعينه فليس كذلك جزما اذ لا شك ان معنى الجواز من حيث الحقيقة يغاير معنى اللزوم فنفي الاول يغاير نفي الثاني قطعا وان اراد بذلك ان الثاني هو المراد من الاول مجازا او كناية فلا وجه لقوله فلا حاجة الى قوله ولا خلاف في الجواز فان المتبادر من الالفاظ معانيها الحقيقية فيتبادر الى ذهن الناظر في مسئلتنا هذه ان يكون الخلاف في نفس الجواز فدفع المصنف ذلك بقوله ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم فهذا كلام لا غبار عليه ثم اعلم ان المصنف ليس باول من حمل الخلاف المذكور على اللزوم بل سبقه الى ذلك كثير من المشائخ منهم الامام شمس الائمة السرخسي حيث قال في شرح ادب القاضي ان التوكيل عند ابي حنيفة رح بغير رضى الخصم صحيح ولكن للخصم ان يطالب الموكل بان يحضر بنفسه ويجيب ومنهم الامام علاء الدين العالم حيث قال في طريقة الخلاف التوكيل بغير رضى الخصم لا يقع لازما وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يقع لازما وذكر في المحيط البرهاني ان رضى الخصم ليس بشرط لصحة التوكيل ولزومه عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقد اختلف المشائخ على قول ابي حنيفة رحمه الله بعضهم قالوا رضى الخصم عنده ليس بشرط لصحة التوكيل بل هو شرط لزومه وقال بعضهم لا بل رضى الخصم عنده شرط لصحة التوكيل وانما اختلفوا لاختلاف الفاظ الكتب ذكر في شفعة الاصل ان التوكيل بغير رضى الخصم باطل في قول ابي حنيفة ثم هو ذكر في وكالة الاصل لا يقبل التوكيل بغير رضى الخصم عند ابي حنيفة رحمه الله والصحيح ان التوكيل عنده صحيح غير لازم حتى لا يلزم الخصم الحضور والجواب بخصومة الوكيل الا ان يكون الموكل مريضا مرضا لا يمكنه الحضور بنفسه مجلس الحكم او غائبا مسيرة سفر فحينئذ يلزم عنده انتهى وهكذا ذكر في الذخيرة ايضا لهما اي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان التوكيل تصرف في خالص حقه اي في خالص حق الموكل وهذا لانه اما ان يوكله بالخصومة او بالجواب وكلاهما من خالص حقه اما الخصومة فلانها الدعوى وهي خالص حق المدعي حتى لا يجبر عليها واما الجواب فلانه اما انكار او اقرار وكل واحد منهما خالص حق المدعى عليه واذا كان كذلك فلا يتوقف على رضى غيره فصار كالتوكيل بتقاضي الديون وقبضها وايفائها وله اي ولابي حنيفة رح ان الجواب مستحق على الخصم يعني ان الجواب حق واجب للمدعي على المدعى عليه ولهذا يستحضره اي يستحضر المدعي الخصم في مجلس القاضي قبل ان يثبت له عليه شيء ليجيبه عما يدعيه عليه وغاية ما في الباب ان يكون التوكيل تصرفا في خالص حق الموكل لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما ينفذ اذا لم يتعد الى الاضرار بالغير وههنا ليس كذلك اذ لا شك ان الناس متفاوتون في الخصومة اي من جهة الدعوى والاثبات ومن جهة الدفع والجواب فرب انسان يصور الباطل في صورة الحق ورب انسان لا يمكنه تمشية الحق على وجهه وقد دل عليه

الا ان الجواز لازم اللزوم فذكر اللازم واراد الملزوم + ذكر الجواز واراد اللزوم وقال في ...

فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة

قوله عليه السلام انكم تختصمون الى ولعل بعضكم الحن بحجته من بعض فمن قضيت له بشئ من مال اخيه فلا ياخذه فانما اقطع له قطعة من نار ذكره في ادب القاضي والاسرار ومعلوم انه لا يوكل عادة الا من هو الد واشد في الخصومات ليغلب على الخصم فلو قلنا بلزومه اى بلزوم التوكيل بالخصومة بلا رضى الخصم يتضرر به اى يتضرر الخصم به فيتوقف على رضاه فصار كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما اى احد الشريكين يتخير الآخر اى يتخير الشريك الآخر بين امضاء الكتابة وفسخها وكان تصرف احدهما متوقفا على رضى الآخر وان كان تصرفا في خالص حقه لمكان ضرر شريكه قال صاحب النهاية في شرح الدليل المذكور من قبل ابى حنيفة رح ومعنى هذا الكلام ان الحضور والجواب مستحق عليه بدليل ان القاضي يقطعه عن اشتغاله ويحضره ليجيب خصمه والناس يتفاوتون في هذا الجواب فرب انكار يكون اشد دفعا للمدعي من انكار والظاهر ان الموكل انما يطلب من الوكيل ذلك الاشد فان الناس انما يقصدون بهذا التوكيل ان يشتغل الوكيل بالحيل والاباطيل ليدفع حق الخصم عن الموكل وفيه اضرار بالخصم والاكثر في هذا الباب ان يكون توكيله بما هو من خالص حقه ولكن لما كان يتصل به ضرر بالغير من الوجه الذي قلنا لا يملك بدون رضاه انتهى كلامه وعلى هذا المنوال سبق الدليل المزبور في الكافي ومعراج الدراية ايضا اقول فيه نظر لان اصل هذه المسئلة عامة لصورة التوكيل من جانب المدعي ولصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما افصح عنه الشراح قاطبة في صدر هذه المسئلة وصرح به في عامة كتب الفتاوى ايضا وفي تقرير الدليل المزبور على الوجه الذي ذكره هؤلاء الشراح تخصيص ذلك بصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما ترى فكان تقصيرا منهم لتحمله التقرير بوجه يعم الصورتين معا كما ذكر في شرحنا وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولابي حنيفة رح انا لا نسلم انه تصرف في خالص حقه فان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره في مجالس القضاء والمستحق للغير لا يكون خالصه سلمنا خلوصه له لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره وههنا ليس كذلك لان الناس يتفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه انتهى اقول فيه ايضا نظر لانه جعل ما ذكر في الكتاب من قبل ابى حنيفة رح دليلين احدهما منع لما قالا والآخر تسليمي له فيرد على الدليل الاول ما يرد على تقرير صاحب النهاية وغيره من كون الدليل مخصوصا باحدى صورتي المسئلة العامة المدعاة كما عرفت فالوجه ان يجعل المجموع دليلا واحدا ويقرر بوجه يعم الصورتين معا كما فعلناه في شرحنا لكن الانصاف ان تاثير المقدمة القائلة ان الجواب مستحق على الخصم انما هو في صورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما لا يخفى على الفطن المتامل بخلاف المريض والمسافر متصل بقوله الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا والمراد بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك لان الجواب غير مستحق اى غير واجب عليهما اى على المريض والمسافر هنالك اى فيما اذا كان الموكل مريضا ومسافرا لعجز المريض بالمرض وعجز المسافر بالغيبة فلو لم يسقط عنهما الجواب لزم الحرج وهو منتف بالنص قال الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج اقول ههنا شئ وهو ان ما ذكره المصنف من الفرق انما يتمشى في صورة ان كان التوكيل من جانب المدعى عليه واما في صورة ان كان من جانب المدعي فلا لان الجواب غير مستحق على المدعي سواء كان صحيحا مقيما او مريضا مسافرا فان الجواب انما يجب على من يجبر على الخصومة لا على من لا يجبر عليه مع ان المسئلة عامة للصورتين معا كما تحققته فكان ينبغي ان يراد عليه ان يقال وان توقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من الموت وآفات التاخير اشد من الضرر اللازم بتفاوت الناس في الخصومة فيتحمل الادنى دون الاعلى وفي فتاوى قاضيخان واجمعوا على ان الوكيل لو كان غائبا او في مدة السفر او كان مريضا في المصر لا يقدر ان يمشي على قدميه الى باب القاضي كان له ان يوكل مدعيا كان او مدعى عليه وان كان لا يستطيع ان يمشي على قدميه ولكنه يستطيع ان يمشي على ظهر دابة او ظهر انسان فان ازداد مرضه بذلك صح التوكيل وان كان لا يزداد اختلفوا فيه قال بعضهم هو على الخلاف ايضا وقال بعضهم له ان يوكل وهو الصحيح انتهى ثم كما يلزم التوكيل عنده اى عند ابى حنيفة رح من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة اذ لو لم يلزم يلحقه الحرج بالانقطاع عن

(ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال الرازي رح يلزم التوكيل)

مصلحة وفي فتاوى قاضيخان وكما يجوز للمسافر في مدة السفر ان يوكل بغير رضى الخصم يجوز لمن اراد ان يخرج الى السفر لكن لا يصدق انه يريد السفر ولكن القاضي
(١٠) ينظر الى زيه وعدة سفره او يسأل عمن يريد ان يخرج معه فيسأل عن رفقائه كما في فسخ الاجارة انتهى ولو كانت المرأة مخدرة اختلفت عبارات المشائخ في تفسير المخدرة
فقال بعضهم هي التي لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجالس القاضي وقال الامام البزدوي هي التي لا يراها غير المحارم واما التي جلست على المنصة فرآها الاجانب
لا يكون مخدرة فاختار المصنف التفسير الاول حيث قال لم تجر عادتها بالخروج وحضور مجلس الحاكم فان هذا صفة كاشفة للمخدرة جارية مجرى التفسير لها قال الرازي
اراد به الامام ابا بكر الجصاص احمد بن علي الرازي صاحب التصانيف الكثيرة في الاصول والفروع واحكام القرآن واليه انتهت رياسة اصحاب ابي حنيفة رح
ببغداد بعد الشيخ ابي الحسن الكرخي وكانت ولادته سنة خمس وثلثمائة ومات سنة سبعين وثلثمائة يلزم التوكيل اي يلزم التوكيل منها بلا رضى الخصم وبدون عذر المرض
والسفر لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها دفعا للحرج فلو وكلت بالخصومة فوجب عليها اليمين وهي لا تعرف بالخروج ومخالطة
الرجال في الحوائج يبعث الحاكم اليها ثلثة من العدول يستحلفها احدهم ويشهد الآخران على حلفها وكذا في المريضة اذا وجب عليها يمين لان النيابة لا تجري
في الايمان هكذا ذكره الصدر الشهيد في ادب القاضي ذكر فيه وان كان يبعث الى المخدرة والمريضة او الى المريض خليفة فيفصل الخصومة هنالك يجوز لان
مجلس الخليفة كمجلسه كذا في معراج الدراية وغيره وقال رضي الله عنه اي قال المصنف وهذا اي ما قاله الرازي شيء استحسنه المتأخرون وفي فتاوى قاضيخان
ويجوز للمرأة المخدرة ان توكل وهي التي لم تخالط الرجال بكرا كانت او ثيبا كذا ذكره ابو بكر الرازي وقال الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده ظاهر المذهب عن
ابي حنيفة رح انها على الاختلاف ايضا وعامة المشائخ اخذوا بما ذكره ابو بكر الرازي وعليه الفتوى انتهى قال اي القدوري في مختصره ومن شرط الوكالة
ان يكون الموكل ممن يملك التصرف قيل هذا على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فاما على قول ابي حنيفة رح فالشرط ان يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل
فاما كون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد وقيل المراد ان يكون مالكا
للتصرف نظرا الى اصل التصرف وان امتنع لعارض وبيع الخمر يجوز للمسلم في الاصل وانما امتنع لعارض النهي كذا في الكافي والكفاية والتبيين قال صاحب النهاية
في تفسير قوله ممن يملك التصرف اي ممن يملك ذلك التصرف الذي وكل الوكيل به وقال قد ذكرنا في اوائل كتاب الوكالة من رواية الذخيرة ان هذا القيد
وقع على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة رح فمن شرط الوكالة كون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل مالكا لذلك التصرف
الذي وكل الوكيل به فليس بشرط ثم قال فان قلت يشكل على ما ذكره في الكتاب ما ذكره في الذخيرة بقوله واذا قال الرجل لغير خذ عبدي هذا واعبد بعبد او قال
اشتر لي به عبدا صح التوكيل بهذا وان لم يصح مباشرة الموكل في مثل هذا التصرف فان من قال لغيره بعتك هذا العبد بعبد او قال اشتريت منك بهذا العبد
عبدا لا يجوز قلت انما جاز ذلك في التوكيل وان لم يجز في مباشرة بنفسه لوجود المعنى الفارق بينهما وهو ان الجهالة انما تمنع عن الجواز لافضائها الى المنازعة واما
اذا لم تؤد اليها فلا تمنع كما في بيع قفيز من صبرة طعام او شرائه ثم جهالة الوصف في التوكيل لا تفضي الى المنازعة لان التوكيل ليس بامر لازم ولا كذلك
المباشرة لانها لازمة فتفضي الى المنازعة والمانع من الصحة المنازعة لا نفس الجهالة انتهى كلامه اقول في جوابه بحث لان الفارق المذكور فيه انما افاد علة صحة التوكيل
في مسئلة الذخيرة وعدم صحة المباشرة بنفسه في مثلها وهذا القدر لا يدفع السؤال المذكور بل يقويه لان حاصله ان ما ذكر في الكتاب من شرط الوكالة غير متحقق في
مسئلة الذخيرة مع تحقق المشروط فيها والفارق المذكور يقرر هذا المعنى كما لا يخفى وقال صاحب العناية قال صاحب النهاية ان هذا القيد وقع على قول ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة رح فمن شرطها ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به جاز عنده ومنشأ

لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحجتها لحيائها فيلزم توكيلها قال رضـ وهذا شيء استحسنه المتأخرون **قال** ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف

هذا التوهم انه حمل اللام في قوله يملك التصرف للعهد اي يملك التصرف الذي وكل به واما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل ان يكون الموكل يملك التصرف فان الانسب لكلمة من جنس التصرف انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله فان الانسب لكلمة من جنس التصرف واجاب حيث قال لا يخفى عليك ان مدخول كلمة من هو قوله من يملك دون التصرف والجواب ان مراده ان المالك للتصرف المخصوص لا يتعدد حتى يستقيم ادخال من في من يملك انتهى اقول ليس الامر كما زعمه فانا لا نسلم ان المالك للتصرف المخصوص لا يتعدد الا يرى الى الحقوق المشتركة كالكتابة او غيره فان كل واحد من اصحابها يملك التصرف فيها تصرفا مخصوصا وان وصل مبلغهم في التعدد الى الالف مثلا اذا كانت دار مشتركة بين كثيرين فلا شك ان كل واحد منهم يملك التصرف فيها بالسكنى او غيره ولئن سلمنا ذلك فلا نسلم عدم استقامة ادخال من حينئذ في من يملك فان ذلك انما يتوهم لو كانت كلمة من ههنا للتبعيض واما اذا كانت للتبيين كما هو الظاهر في المقام فيستقيم جدا كما لا يخفى ثم ان ما ذكره كله مبني على فهم ان يكون مراد صاحب العناية بكلمة من في قوله فان الانسب لكلمة من جنس التصرف حرف الجر الداخلة على الاسم الموصول والظاهر ان مراده بها نفس الاسم الموصول بدليل قوله يملك التصرف في قوله حيث لم يقل ان يكون الموكل يملك التصرف اذ لو كان مدار كلامه زيادة حرف الجر لقال حيث لم يقل ان يكون الموكل من يملك التصرف بحذف حرف الجر فحينئذ فوجه الانسبية حينئذ ان الاسم المذكور من موصولات المعارف على ما عرف في النحو ومن الفاظ العام على ما عرف في الاصول فيكون المراد به جنس المالك لان الفرد المعين منه لا شك ان الذي يملكه هو جنس المالك هو جنس التصرف دون التصرف المعهود ثم قال ذلك البعض ثم ان الانسبية قد فاتت في قوله ويقصده كما لا يخفى اقول هذا ايضا ليس بسديد فان قوله ويقصده وان لم يكن مقرونا بكلمة من صراحة لكنه مقرون بها حكما فانه معطوف على ما هو في حيز كلمة من وهو قوله يعقل العقد في قوله ممن يعقل العقد ولا شك ان المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله على ما تقرر في علم الادب فتحصل الانسبية المذكورة ههنا ايضا ثم ان حمل التصرف في قول القدوري ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف على جنس التصرف دون التصرف الذي وكل به مما سبق اليه صاحب غاية البيان حيث قال قيل لا يستقيم هذا الشرط الا على مذهب ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه لو كان شرط الوكالة ان يكون الموكل مالكا للتصرف على مذهب ابي حنيفة رح لم يجز ان يوكل المسلم الذمي ببيع خمر او شرائها وهو جائز على مذهب ابي حنيفة رح مع ان المسلم لا يملك التصرف بنفسه فعلم انه ليس الشرط على مذهبه بل الشرط عنده ان يكون الوكيل مالكا لذلك التصرف الذي وكل به ثم قال قلت هذا الشرط الذي شرطه القدوري يستقيم على مذهب الكل وانما خفي هذا القائل الاستقامة على مذهبهما لانه لا يدرك كنه كلام القدوري اذ مضمون كلامه ان الوكالة لها شرط في الموكل وشرط في الوكيل فالاول ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام والثاني ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده ومعنى قوله ان يكون ممن يملك التصرف ان يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف باهلية نفسه بان يكون عاقلا بالغا على وجه يلزمه حكم التصرف وهذا المعنى حاصل في توكيل المسلم الذمي في الخمر والخنزير بيعا وشراء لان المسلم عاقل بالغ له ولاية شرعية في جنس التصرف على وجه يلزمه حكم التصرف فيما تعرف بولايته والشرط الآخر وهو ان يعقل العقد ويقصده حاصل في التوكيل ايضا وهو الذمي لانه يعقل معنى البيع والشراء ويقصده فصح الشرط اذن على مذهب الكل والحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا ان هدانا الله الى هنا كلامه ورد عليه الشارح ابن الهمام حيث قال قيل انما يستقيم الشرط الاول على قولهما لا على قوله فانه يجيز توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها والمسلم لا يملكه واجاب بعضهم بان المراد بملكه التصرف ان يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف باهلية نفسه بان يكون عاقلا بالغا وهذا حاصل في توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها ثم حمد الله على ما هداه لذلك وهو خطأ اذ يقتضي ان لا يصح توكيل الصبي المأذون لعدم البلوغ وليس بصحيح بل اذا وكل الصبي المأذون يصح بعد ان يعقل معنى البيع

ويلزمه الاحكام لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة

انتهى كلامه اقول ما ذهب اليه صاحب العناية ههنا ليس بمثابة ان يقال له هو خطأ بمجرد ما ذكره ابن الهمام فان الذي يهمه في توجيه المقام هو قوله المراد بملك التصرف
ان يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف باهلية نفسه وهذا لا يقتضي ان لا يصح توكيل الصبي المأذون كما لا يخفى على العارف بحكم الصبي المأذون على مذهبنا في فصله
واما قوله بان يكون عاقلا بالغا ففضلة من التوجيه ذكره لبيان الفقه وبالشرط المذكور هو الاحتراز عن المجنون والصبي المحجور واما الصبي المأذون فكونه بمنزلة
البالغ في عامة التصرفات معلوم في محله فهو في حكم المستثنى وعن هذا ترى الفقهاء في كل عقد جعلوا العقل والبلوغ شرطا وقصدوا به الاحتراز عن الصبي والمجنون
لم يستثنوا الصبي المأذون عنه صراحة ويلزمه الاحكام قيل هذا احتراز عن الوكيل فان الوكيل ممن لا يثبت له حكم تصرفه وهو الملك لان الوكيل بالشراء لا يملك
المبيع والوكيل بالبيع لا يملك الثمن فلذلك لا يصح توكيل الوكيل غيره وقيل هو احتراز عن الصبي والعبد المحجورين فانهما لو اشتريا شيئا لا يملكانه فلذلك لم يصح توكيلهما
كذا في اكثر الشروح قال صاحب غاية البيان لا نقبل الثاني وهذا هو الاصح من الاول ولم يبين وجهه وقال صاحب العناية قوله ويلزمه الاحكام يحتمل احكام
ذلك التصرف وجنس الاحكام فالاول احتراز عن الوكيل اذا وكل فانه يملك ذلك التصرف دون التوكيل به لانه لم يلزمه الاحكام وعلى هذا يكون في الكلام
شرطان والثاني احتراز عن الصبي والمجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الاحكام شرطا واحدا وهذا اصح لان الوكيل اذا اذن له بالتوكيل صح ولم يلزمه احكام
ذلك التصرف فان قلت اذا جعلتهما شرطا واحدا انتقض بالوكيل فانه ممن يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الاحكام ولا يجوز توكيله قلت غلط لان وجود الشرط
لا يستلزم وجود المشروط لا سيما مع وجود المانع وهو فوات رأيه انتهى كلامه لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل تعليل لاشتراط ما شرطت الوكالة به يعني
ان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائبا عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملكه محال فلا بد ان يكون الموكل مالكا
التصرف ليملكه من غيره قال صاحب العناية ولقائل ان يقول الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل او التصرف الذي وكل فيه والثاني مسلم وينتقض
بتوكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والاول ممنوع فانه يملكه باهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح والجواب ان الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل
على ان الملك يثبت له خلافة عن الوكيل فيما تصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا كلام فيه ولا ينافيه ايضا جواز ثبوت شيء
بامرين على البدل انتهى اقول في جوابه نظر لان كون الوكيل من حيث هو وكيل مالكا لجنس التصرف من جهة الموكل انما يتوهم في التوكيل بتصرف لا بعينه بان
قال اصنع ما شئت او اعمل برأيك واما في التوكيل بتصرف بعينه كما فيما نحن فيه من مادة النقض بتوكيل مسلم ذميا ببيع خمر فلا يتصور ذلك قطعا اذ لا شك ان
الوكيل هناك انما يملك من جهة الموكل التصرف المعين المعهود الذي وكل به وهو بيع الخمر لا جنس التصرف مطلقا والا يصح له ان يتصرف هناك بتصرف آخر كان
وهب الخمر التي وكل ببيعها الذمي او يشتري لها منه شيئا او نحو ذلك من جنس التصرفات وليس كذلك قطعا والحق عندي في الجواب ان يختار الشق الثاني
وهو ان الوكيل يملك التصرف الذي وكل به من جهة الموكل ويدفع النقض المذكور بحمل ما في الكتاب على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله او بناء ذلك على
الاصل فان بيع الخمر جائز للمسلم في الاصل وانما امتنع بعارض انتهى وقد ذكرنا كلا الوجهين في صدر الكلام نقلا عن الكتب المعتبرة ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد
بان يعرف مثلا ان البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش وكذا ذكره ما دون الذخيرة وفي اكثر المعتبرات وهو احتراز عن الصبي الذي
لم يعقل والمجنون ويقصده اي يقصد العقد والمراد ان لا يكون هازلا فيه كذا رأى جمهور الشراح ورد عليهم الشارح ابن الهمام حيث قال بعد نقل قولهم اي ارتباط
بين صحة الوكالة وكون الوكيل هازلا في البيع ولو كان في بيع ما وكل ببيعه غايته ان لا يصح ذلك البيع والوكالة صحيحة انتهى اقول يخرج الجواب عنه مما ذكره الشارح
تاج الشريعة ههنا حيث قال القصد شرط لوقوع العقد عن الآخر حتى لو تصرف هازلا لا يقع عنه انتهى فتأمل وانما اشترط ذلك في الوكيل لانه يقوم مقام الموكل في العبارة

فيشترط ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا واذا وكل الحر العاقل البالغ او المأذون مثلهما جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة وان وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما لان الصبي من اهل العبارة الا ترى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة اما الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل

فلا بد ان يكون من اهل العبارة واهلية العبارة لا يكون الا بالعقل والتمييز لان الكلام بغير التمييز كالحان الطيور حتى لو كان اي الوكيل صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا اذ ليس لهما اهلية العبارة فلا يتعلق بقبولهما حكم قال صاحب العناية وهذا يشير الى ان معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليس بشرط في صحة التوكيل لكن ذكر في الكتب ان ذلك شرط وهو مشكل لانهم اتفقوا على ان توكيل الصبي العاقل صحيح ومعرفة ما زاد على ده نيم في المتاع وده يازده في الحيوان وده دوازده في العقار او ما يدخل تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه انتهى اقول فيه بحث لانه ان اراد ان معرفة نفس الغبن الفاحش الداخل تحت احد التفسيرين المذكورين مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه فممنوع اذ لا شك ان من لا يمارس العلم اصلا فضلا عن الاشتغال بعلم الفقه يعرف باختلاطه بالناس في معاملاتهم ان ما زاد على ما يدخل تحت تقويم المقومين او ما زاد على ده نيم في المتاع وده يازده في الحيوان وده دوازده في العقار غبن فاحش وما دون ذلك غبن يسير كما هو حال اكثر اهل السوق وان اراد ان معرفة عبارات اهل الشرع في الغبن الفاحش واليسير واصطلاحاتهم فيه مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه فمسلم لكن لا يجدي ذلك شيئا اذ لا يخفى ان المراد بما ذكر في الكتب معرفة الغبن اليسير من الفاحش على الوجه الاول دون الثاني واذا وكل الحر البالغ او المأذون مثلهما جاز هذا لفظ القدوري في مختصره وكان ينبغي ان يقيد بالعاقل ايضا لان المجنون اذا وكل غيره لا يجوز وكانه انما لم يقيد بذلك بناء على الغالب لان غالب احوال الانسان ان يكون عاقلا او بناء على ان اشتراط العقل مما يعرفه كل احد وانما اطلق المأذون ليشمل العبد والصبي المأذونين فان توكيل كل واحد منهما غيره جائز كسائر تصرفاتهما ثم ان هذا غير منحصر في المثلية في صفة الحرية والرقية بل يجوز للموكل ان يوكل من فوقه كتوكيل العبد المأذون الحر او من دونه كتوكيل الحر العبد المأذون الا يرى ان التعليل بقوله لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة يشمل الاوجه الثلاثة من المثلية والفوقية والدونية كما ذكر في النهاية ومعراج الدراية وعن هذا قال صدر الشريعة في شرح الوقاية ولو قال كلا منهما كان اشمل ليتناول توكيل الحر البالغ مثله او المأذون وتوكيل المأذون مثله او الحر البالغ انتهى وصاحب العناية قد رام توجيه الكلام في هذا المقام حيث قال ويفهم من قوله مثلهما جواز توكيل من كان فوقهما بالطريق الاولى اقول لا يذهب عليك انه لا يجدي كثير طائل اذ يبقى حينئذ جواز توكيل من كان دون الموكل مهملا للكلام على ان قوله من كان فوقهما لا يخلو عن سماجة اذ لا احد فوق الحر البالغ وان وكل اي الحر البالغ والمأذون صبيا محجورا عليه يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا عليه جاز خلافا للشافعي رح ولا يتعلق بهما الحقوق اي حقوق ما باشراه من العقد كالتقاضي والرد بالعيب حيث لا عهدة عليهما فيها فعلا ويتعلق بموكلهما وانما جاز توكيلهما عندنا لان اعتبار صيغة اما من جانب الموكل فظاهر واما من جانب الوكيل فلما ذكره المصنف بقوله لان الصبي من اهل العبارة الا يرى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له اي للتصرف على نفسه ولهذا صح طلاقه واقراره بالحدود والقصاص وانما لا يملكه اي التصرف في حق المولى دفعا للضرر عنه والتوكيل ليس تصرفا في حقه اي في حق المولى لان صحة التوكيل تتعلق بصحة العبارة والعبد باق على اصل الحرية في حق صحة العبارة فان صحتها بكونه آدميا الا انه لا يصح منهما اي من الصبي والعبد المحجور عليهما التزام العهدة الصبي لقصور اهليته اي اما الصبي المحجور عليه فلقصور اهليته لعدم البلوغ والعبد لحق سيده اي واما العبد المحجور عليه فلثبوت حق سيده في ماليته فلو لزمه العهدة لتضرر به المولى واذا كان كذلك فتلزم اي العهدة الموكل لانه اقرب الناس اليها حيث انتفع بتصرفهما ويفهم من هذا التعليل ان العبد اذا عتق لزمه العهدة لان المانع من لزومها كان حق المولى وقد زال ذلك بالعتق وان الصبي اذا بلغ لم يلزمه العهدة لان المانع من لزومها كان قصور الاهلية حيث لم يكن قوله ملزما في حق نفسه في ذلك الوقت فلم يلزمه بعد البلوغ ايضا والفرق بينهما بهذا الوجه مما ذكر صريحا في المبسوط وشرح الجامع الصغير للامام قاضيخان ثم ان في تقييد الصبي والعبد بقوله محجورا عليه اشارة الى انهما لو كانا مأذونين تعلق الحقوق بهما لكن ذلك ليس بمطلق بل فيه تفصيل ذكر في الذخيرة وهو ان الصبي المأذون اذا وكل بالبيع فباع

وعن ابي يوسف رح ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او مجنون او محجور له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ظن ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب قال والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي رح تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل في النكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان اصيلا في الحقوق فتتعلق حقوق العقد به ولهذا قال في الكتاب يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لان كل ذلك من الحقوق

لزمه العهدة سواء كان الثمن حالا او مؤجلا واذا وكل بالشراء فان وكل بالشراء بثمن مؤجل لم يلزمه العهدة قياسا واستحسانا بل تكون العهدة على الآمر حتى ان البائع يطالب الآمر بالثمن لان ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة لانه ضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك لا ضمان فيه المشتري وهذا ليس كذلك انما هذا التزام مالا في ذمته يستوجب مثل ذلك على موكله وهذا هو معنى الكفالة والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن لا ضمان الكفالة واما اذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس ان لا يلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه لان ما التزمه ضمان ثمن حيث ملك المشتري من حيث الحكم فانه يحبسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبي المأذون من اهل ذلك بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا لانه بالضمن من الشراء لا يملك المشتري لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم لانه لا يملك حبسه فيكون ذلك ضمان كفالة من حيث المعنى والجواب في العبد المأذون اذا وكل بالبيع والشراء على هذا التفصيل ثم ان الصبي والعبد المحجورين وان لم تتعلق بهما الحقوق فلهما قبض الثمن وتسليم المبيع اعتبارا لما ذكر في الكتاب من بعد فصل الشراء في التوكيل بعقد السلم حيث قال والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه انتهى وعن ابي يوسف رح ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او عبد وفي بعض النسخ او مجنون قيل المراد به من يجن ويفيق وقيل على حاشية نسخة المصنف او محجور مقام مجنون قال صاحب الكفاية عند نقل هذين القولين وفي الكافي للعلامة النسفي ثم علم انه صبي محجور او عبد محجور فالظاهر ان قوله مجنون تصحيف انتهى له خيار الفسخ اي للمشتري خيار الفسخ في هذه الصورة لانه اي لان المشتري دخل في العقد على ظن ان حقوقه تتعلق بالعاقد يعني ان المشتري ما رضي بالعقد الا على اعتقاد ان حقوقه متعلقة بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير لانه فات عنه وصف مرغوب فصار كما اذا عثر اي اطلع على عيب اي على عيب لم يرض به والجامع بينهما عدم الرضاء وفي ظاهر الرواية لا خيار للمشتري ولا للبائع ذكره تاج الشريعة قال اي القدوري في مختصره والعقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين وقال في بعض النسخ والعقد الذي يعقده الوكلاء اي جنس العقد كذا في غاية البيان كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه اي يصح اضافته الى نفسه ويستغني عن اضافته الى الموكل كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل اقول هذه الكلية منتقض بما اذا كان الوكيل صبيا محجورا عليه او عبدا محجورا عليه فان حقوق عقدهما تتعلق بالموكل وان كان العقد مما يضيفه الوكيل الى نفسه كما عرفته فيما مر وقال الشافعي رح تتعلق بالموكل وبه قال مالك واحمد لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار اي صار الوكيل في هذا الضرب كالرسول بان قال رجل لآخر كن رسولي في بيع عبدي وحقوق العقد تتعلق بالرسول بلا خلاف والوكيل بالنكاح اي وصار كالوكيل بالنكاح من الضرب الثاني فان حقوق عقد النكاح تتعلق بالموكل بالاتفاق كما سيجيء ولنا ان الوكيل هو العاقد يعني ان الوكيل في هذا الضرب هو العاقد حقيقة اي من حيث الحقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته اي وصحة عبارة العاقد اي وصحة كلامه لكونه آدميا له اهلية الايجاب والاستيجاب لا لكونه وكيلا فكان العقد الواقع منه له ولغيره سواء وفي الكافي فقضيته تستدعي ان يكون الحاصل بالتصرف واقعا له غير ان الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم جعلناه نائبا في حق الحكم وراعينا الاصل في الحقوق وكذا حكما اي وكذا الوكيل في هذا الضرب هو العاقد من حيث الحكم لانه اي الوكيل يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه ما استغنى عن ذلك اي عن اضافة العقد الى الموكل كالرسول والوكيل بالنكاح فانهما لا يستغنيان عن الاضافة اليه واذا كان كذلك اي اذا كان الوكيل في هذا الضرب هو العاقد حقيقة وحكما كان اصيلا في الحقوق فتتعلق به اي تتعلق الحقوق بالوكيل دون الموكل فانه اي فيكون الوكيل في هذا الضرب اصيلا في الحقوق قال في الكتاب اي قال القدوري في المختصر وقيل اي قال محمد رح في الجامع الصغير والمبسوط يسلم المبيع اي يسلم الوكيل المبيع ويقبض الثمن اذا باع ويطالب بصيغة المجهول اي يطالب الوكيل بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع اي ويقبض المبيع اذا اشترى ويخاصم في العيب يخاصم فيه بفتح الصاد في الاول وكسرها في الثاني فالاول فيما اذا باع والثاني فيما اذا اشترى على الترتيب السابق واعلم ان ههنا فائدة جليلة يجب التنبيه

والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد وهو الصحيح قال رض وفي مسألة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى

بما قد ذكر صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال يجب ان يعلم ان الحقوق نوعان حق يكون للوكيل وحق يكون على الوكيل فالاول كقبض المبيع ومطالبة ثمن المشتري والمخاصمة في العيب والرجوع بثمن المستحق ففي هذا النوع للوكيل ولاية هذه الامور لكن لا تجب عليه فان امتنع لا يجبره الموكل على هذه الافعال لانه متبرع في العمل بل يوكل الموكل بهذه الافعال وسيأتي في كتاب المضاربة بعض هذا وان مات الوكيل فولاية هذه الافعال لورثته فان امتنعوا وكلوا الموكل عنهم وعند الشافعي رح للموكل ولاية هذه الافعال بلا توكيل من الوكيل او وارثه وفي النوع الآخر يكون الوكيل مدعى عليه فللمدعي ان يجبر الوكيل على تسليم المبيع وتسليم الثمن واخواتهما الى هنا كلامه والملك يثبت للموكل خلافة عنه اي عن الوكيل هذا هو جواب عما قاله الشافعي رحمه الله ان الحقوق تابعة للحكم والتصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه تقريره ان الملك يثبت للموكل ابتداء لكن لا اصالة حتى يثبت له توابعه ايضا بل خلافة عن الوكيل ومعنى الخلافة ان يثبت الملك للموكل ابتداء وينعقد السبب موجبا حكمه للوكيل فكان الموكل قائما مقام الوكيل في ثبوت الملك اعتبارا للتوكيل السابق والحاصل ان الوكيل خالف عن الموكل في حق استفادة التصرف والموكل خالف عن الوكيل في حق ثبوت الملك كالعبد يتهب ويصطاد فانه اذا اتهب اي قبل الهبة واصطاد يثبت الملك للمولى ابتداء وخلافة عن العبد فان مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب كما ذكر في المبسوط وتحقيق المسألة ان لتصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته وأعمالهما ولو بوجه اولى من اهمال احدهما فلو اثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولها بعبارته مع اهليته لبطل توكيل الموكل ولو اثبتناهما للموكل لبطل عبارة الوكيل فاثبت الملك للموكل لانه الغرض من التوكيل واليه اشار المص رح بقوله اعتبارا للتوكيل السابق فتعين الحقوق للوكيل ويجوز ان يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فان مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب كذا في العناية ثم اعلم ان هذا المسلك طريقة ابي طاهر الدباس واليه ذهب جماعة من اصحابنا قال شمس الائمة السرخسي قول ابي طاهر اصح وقال المصنف رح هو الصحيح واحترز به عن طريقة ابي الحسن الكرخي وهي ان الملك يثبت للوكيل اولا ثم ينتقل الى الموكل واليها ذهب بعض اصحابنا وهي اختيار الامام قاضيخان كما ذكر في التحرير وانما قال هذا الصحيح لان الوكيل اذا اشترى منكوحته او قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو ثبت له الملك لما كان كذلك قال صاحب العناية ان نفوذ العتق يحتاج الى ملك مستقر ودائم وملك الوكيل غير مستقر ولا دائم فيه بل يزول عنه في ثاني الحال وينتقل الى الموكل باعتبار الوكالة السابقة قال في الزيادات فيمن تزوج امة ثم حرة على رقبتها فاجاز مولاها فانه تصير الامة مهرا للحرة ولا يفسد النكاح وان ثبت الملك للزوج فيها لان ملكه غير مستقر حيث ينتقل منه الى الحرة فكذلك هنا انتهى وقال صاحب العناية بعد ذكر هذا الجواب وفيه نظر لانه يخالف اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم عتق عليه الحديث انتهى اقول الجواب عن هذا النظر ظاهر اذ قد تقرر عندهم ان المطلق ينصرف الى الكامل ولا شك ان الملك الكامل هو الملك المستقر فلا منافاة قال الصدر الشهيد ان القاضي ابا زيد خالفهما وقال الوكيل نائب في حق الحكم اصيل في حق الحقوق فان الحقوق تثبت له ثم تنتقل الى الموكل من قبله فوافق ابا الحسن في حق الحقوق ووافق ابا طاهر في حق الحكم وهذا حسن كذا ذكر في الايضاح والفتاوى الصغرى قال رضي الله عنه اي قال المص رح وفي مسألة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى اراد به ما ذكره في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده وان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه كذا في عامة الشروح قال بعض الفضلاء اقتصر عليه قصور بل الظاهر عموم الحوالة لما يذكره في فصل في البيع بقوله ومن امر رجلا يبيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده عليه المشتري بعيب الخ اقول الذي يتعلق بما نحن فيه من تعلق حقوق العقد بالوكيل دون الموكل من المسائل الآتية في الكتاب انما هو الذي ذكره في باب الشراء هنا فان الوكيل اذا اشترى شيئا ثم اطلع على عيب فله ان يرده على بائعه بمقتضى تعلق حقوق عقد الشراء بالوكيل ثم بعد هذا ان بقي المبيع في يده بقي حق الرد له وان

قال وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض الا ترى انه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب الثاني من اخواته العتق على مال

وان لم يبق في يده بل كان سلمه الى الموكل ليسقط ذلك الحق عنه لانتهاء حكم الوكالة بالتسليم فيتوقف الرد على اذن الموكل لما لم يعلم التفصيل ههنا وكان مما يحتاج الى بيانه احاله المصنف على ما سيذكره في فصل الوكالة بالشراء من باب الوكالة بالبيع والشراء واما الذي يذكره في فصل الوكالة بالبيع فقوله ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده عليه المشتري بعيب الخ فمما لا مساس له بما نحن فيه فان حاصل ذلك انه اذا رد العبد على الوكيل بالبيع بعيب فان رد عليه بحجة كان رده على الموكل وان رد عليه بحجة قاصرة لا يرده عليه وهذا امر وراء تعلق حقوق العقد بالوكيل يجري بين الموكل والوكيل ولا شك ان المقصود بالحوالة ما يتعلق بما نحن فيه لا ما يتعلق بمجرد الرد بالعيب فلهذا لم يصب الشارح لما توهمه ذلك القائل قال اي القدوري في مختصره وكل عقد يضيفه اي يضيفه الوكيل الى موكله هذه ضابطة الضرب الثاني اي كل عقد لا يستغني الوكيل فيه عن الاضافة الى الموكل كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فرع على ذلك بقوله فلا يطالب بصيغة المجهول وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها اي تسليم المرأة الى زوجها لان الوكيل فيها اي في هذه العقود سفير محض اي معبر محض حاك قول الموكل ومن حكى قول الغير لا يلزمه حكم قول ذلك الغير الا يرى انه اي الوكيل لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل كيف ولو اضافه الى نفسه كان النكاح مثلا له اي للوكيل نفسه فيخرج عن حكم الوكالة والكلام فيه فصار كالرسول يعني اذا كان الوكيل في هذا الضرب سفيرا محضا فقد صار كالرسول في باب البيع ونحوه ولا شك ان الحكم في الرسالة يرجع الى المرسل دون الرسول وهذا اي كون الحقوق في هذه العقود متعلقة بالموكل دون الوكيل هذا على ما هو داب المصنف في كتابه هذا من انه يقول بعد ذكر دليل على مدعى وهذا لان الخ ويريد به ذكر دليل آخر لمي بعد ان ذكر دليلا انيا فههنا لما بين انية كون الحقوق في هذه العقود متعلقة بالموكل دون الوكيل يكون الوكيل فيها سفيرا محضا غير مستغن عن اضافة العقد الى الموكل اراد ان يبين لميته ايضا بقوله لان الحكم فيها اي في هذه العقود لا يقبل الفصل عن السبب حتى لم يدخل فيها خيار الشرط اذ الخيار يدخل على الحكم فيوجب تراخيه عن السبب وهذه العقود لا تقبل ذلك لانه اي لان السبب في هذه العقود اسقاط اي من قبيل الاسقاطات اما في غير النكاح فظاهر واما في النكاح فلان محل النكاح الانثى من بنات آدم وهن في الاصل خلقت احرارا والحرية تستدعي انتفاء ورود الملك على من تتصف بها الا ان الشارع اثبت نوع ملك على الحرية بالنكاح تحقيقا لمعنى النسل فكان في ذلك اسقاط لمعنى المالكية الذي كان ثابتا للحرة بطريق الاصالة كذا نقل عن العلامة شمس الدين الكردري ولان الاصل في الابضاع الحرمة فكان النكاح اسقاطا للحرمة نظرا الى الاصل كذا ذكره في الكافي واذا كان السبب في هذه العقود اسقاطا فيتلاشى اي فيضمحل فلا يتصور صدوره اي صدور السبب بطريق الاصالة من شخص وثبوت حكمه لغيره كما في الضرب الاول فكان سفيرا اي فكان الوكيل فيما نحن فيه سفيرا محضا فان قلت ليس الكلام في الحكم بل في الحقوق فما فائدة قوله لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب قلت انهم قالوا في الضرب الاول ان الحكم يثبت للموكل خلافة عن الوكيل اعتبارا للتوكيل السابق وتتعلق الحقوق بالوكيل اعتبارا لعبارته وههنا اذا لم ينفصل الحكم عن العبارة لكونها اسقاطا فاما ان يثبت الحكم للوكيل او ينتقل العبارة الى الموكل والاول باطل لانه يبطل التوكيل وينافي الاضافة الى الموكل فتعين الثاني واليه اشار بقوله فكان سفيرا والضرب الثاني وهو كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله من اخواته اي من افراده التي بينهن اخوة اي مشاركة في الحكم العتق على مال قوله والضرب الثاني مبتدأ موصوف وقوله من اخواته خبر مقدم لمبتدأ ثان هو قوله العتق على مال والجملة اعني المبتدأ الثاني مع خبره خبر للمبتدأ الاول فحاصل المعنى ومن اخوات الضرب الثاني العتق على مال قال بعض الفضلاء في تفسير كلام المصنف ههنا اي العقود التي ذكرت في الضرب الثاني من اخواتها العتق على مال وانما فسرنا به لان العتق على مال واخواته من مشمولات الضرب الثاني لا من اخواته اقول لا يذهب على ذي مسكة ان التفسير الذي ذكره ذلك القائل مما لا يساعده التركيب من حيث العربية اصلا فكيف يحمل المعنى عليه واما كون العتق على مال واخواته من مشمولات الضرب الثاني لا من اخواته فانما ينافي اعتبار الاخوة بين الضرب الثاني ومشمولاته وليس ذلك من ضرورات كلام المصنف ههنا لانه يجوز ان يكون

والكتابة والصلح عن الانكار فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة

اضافة الاخوات الى ضمير الضرب الثاني لكونهما من افراده ويكون التعبير عنهما بالاخوات للتنبيه على مشاركتهما في الحكم كما اشرنا اليه في تفسير قوله من اخواته نعم المتبادر من الاضافة اعتبار الاخوة بين المضاف والمضاف اليه كما في نظائره لكن قرينة المقام صارفة عنه الى ما قلنا فتدبر والكتابة عطف على العتق على مال داخل في حكم الكلام السابق وكذا قوله والصلح على الانكار وانما جعل هذه العقود من قبيل الضرب الثاني لانها من الاسقاطات دون المعاوضات اما العتق على مال والكتابة فلان البدل فيهما بمقابلة ازالة الرق وفك الحجر واما الصلح على الانكار فلان البدل فيه بمقابلة دفع الخصومة وافتداء اليمين في حق المدعى عليه فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول اراد بالصلح الذي هو جار مجرى البيع الصلح عن اقرار فيما اذا كان عن مال بمال فانه مبادلة مال بمال فكان بمنزلة البيع واما اذا كان الصلح عن دم العمد او كان على بعض ما يدعيه من الدين فهو من الضرب الثاني وان كان عن اقرار لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا محضا كما صرح به المصنف في باب التبرع بالصلح والتوكيل به من كتاب الصلح اقول فبهذا ظهر ان ما وقع ههنا في الشروح من تفسير الصلح الذي هو جار مجرى البيع بالصلح عن اقرار من غير تقييد بما ذكرناه تقصير في تعيين المرام وتحقيق المقام كيف ولو كان ذلك كافيا ههنا لما بدل المصنف اللفظ اليسير باللفظ الكثير والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا وتفسير هذا ما ذكره في الايضاح حيث قال ولو وكل وكيلا بان يهب عبده لفلان او يتصدق به عليه او يعيره اياه او يودعه او يرهنه فقبض الوكيل وفعل بامره فهو جائز على الموكل وليس للوكيل المطالبة برد شيء من ذلك الى يده ولا ان يقبض الوديعة والعارية ولا الرهن ولا القرض ممن هو عليه لان احكام هذه العقود انما تثبت بالقبض فلا يجوز ان يكون الوكيل فيه اصيلا لانه اجنبي عن المحل الذي يلاقيه القبض فكان سفيرا او معبرا عن المالك انتهى واشار المصنف الى التعليل المذكور فيه ايضا بقوله لان الحكم فيها اي في العقود المذكورة يثبت بالقبض اي بقبض الموهوب له والمتصدق عليه ونظائرهما وانه اي القبض يلاقي محلا مملوكا للغير اي لغير الوكيل فالحكم ايضا يلاقي محلا مملوكا لغير الوكيل وهو الموكل فلا يجعل اي الوكيل اصيلا لكونه اجنبيا عن ذلك المحل بخلاف التصرفات التي تقوم بالقول ولا تتوقف على القبض كالبيع ونحوه فان الوكيل يجب ان يكون اصيلا فيهما لانه اصل في التكلم وكلامه مملوك له قال صاحب العناية فقوله فلا يجعل اصيلا مقتضاه اصيلا في الحكم وليس الكلام فيه ويدفع ذلك بان الحكم اذا لاقى محلا مملوكا لغير الوكيل كان ثابتا لمن له المحل والحقوق فيما يثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها انتقلت الى الموكل بجعل العبارة سفارة ففيما احتاج الى القبض اولى لضعفها في العلية انتهى اقول ما ذكره من الاشكال ليس بشيء ولا دفعه اما الاول فلانه اذا ثبت ان الوكيل في هذه العقود لا يجعل اصيلا في الحكم ثبت ايضا ما فيه الكلام وهو عدم تعلق الحقوق بالوكيل في هذه العقود اذ قد كان مبنى تعلق الحقوق بالوكيل في الضرب الاول ثبوت الحكم الذي هو الملك للموكل خلافة عن الوكيل وهذا انما يكون بان يجعل الوكيل اصيلا في الحكم فاذا لم يجعل في العقود المذكورة اصيلا فيه تعين عدم تعلق الحقوق به فيها واما الثاني فلان الباحث على انتقال الحقوق الى الموكل فيما لا يقبل الحكم الانفصال عن العبارة ليس الا كون السبب اسقاطا محضا والسبب فيما نحن فيه ليس من قبيل الاسقاطات كما لا يخفى فلا مساواة فضلا عن الاولوية واما الضعف في العلية فان كان له مدخل فانما هو في خصوص ثبوت الحكم لا في حق الانتقال فتامل وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس يعني اذا كان الوكيل من جانب الملتمس للتصرفات المذكورة بان وكله بالاستيهاب او الاستعارة او الارتهان او غير ذلك يكون الوكيل سفيرا ايضا فيتعلق الحكم والحقوق كلها بالموكل دون الوكيل لانه يضيف العقد الى موكله وفي العناية اما اذا قبض الموكل فلا اشكال واما اذا قبض الوكيل فالواجب ان يثبت الحكم للموكل وتتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض ويدفع بانه لا بد له من اضافة العقد الى موكله وهي تجعل القبض له فصار كما اذا قبضه بنفسه انتهى وكذا الشركة والمضاربة يعني اذا وكل بعقد الشركة او المضاربة يكون الوكيل سفيرا ايضا وتتعلق حقوق العقد بالموكل دون الوكيل اذ لا بد له من اضافة العقد الى موكله حتى لو اضافه الى نفسه يقع عنه لان

الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل

قوله الا ان التوكيل بالاستقراض باطل استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس حتى لا يثبت الملك للموكل وللوكيل ان يمنع الذى استقرضه من الآمر ولو هلك هلك من ماله قال صاحب العناية واعلم انى اعيد لك ههنا ما ذكرته فى اول كتاب الوكالة وازيدك ما يسر الله تعالى ذكره لكون المقام من معارك الآراء فان ظهر لك فاحمد الله تعالى وان سنح ذهنك بخلافه فلا تلمه فان جهد المقل دموعه التوكيل بالاستقراض لا يصح لانه امر بالتصرف فى مال الغير وانه لا يجوز ورد بالتوكيل بالشراء فانه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير واجيب بان محله هو الثمن فى ذمة الموكل وهو ملكه واورد بانه هلا جعل محله فى الاستقراض البدل فى ذمة الموكل واجيب بان ذلك محل ايفاء القرض لا الاستقراض فاورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة فانه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب اذ ليس ثمه بدل على المستعير والموهوب له فيجعل محلا للتوكيل والجواب ان المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب وانما محله فيهما عبارة الموكل فانما يتصرف فيها بجعلها موجبة للملك عند القبض باقامة الموكل مقام نفسه فان قيل فليكن فى الاستقراض كذلك فالجواب انا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل فى الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم فى الذمة اذ لم يكن فيها بدل فى الذمة فلو اعتبرناها محلا له فى الاستقراض وفيه بدل معتبر فى الايفاء فى الذمة لزم اجتماع الاصل والخلف فى شخص واحد من جهة عقد واحد والله اعلم بالصواب الى ههنا كلامه اقول فيه بحث اما اولا فلان الدليل الذى ذكره لبطلان التوكيل بالاستقراض وهو الدليل الماخوذ من الذخيرة ومختار جمهور الشراح على ما ذكروا فى صدر كتاب الوكالة ليس بتام عندى لان التصرف فى ملك الغير والامر به انما لا يجوز لو كان بغير اذن المالك ورضاه كما لو غصب ملك الغير او امر بغصبه واما اذا كان باذنه ورضاه فيجوز قطعا الا يرى ان المستقرض لنفسه يقبض المال المستقرض الذى هو ملك المقرض ويتصرف فيه وكذا المستعير يقبض المستعار الذى هو ملك المعير ويستعمله ولا خلاف لاحد فى جواز ذلك والظاهر ان التوكيل بالاستقراض انما هو الامر بالتصرف فى ملك المقرض باذنه ورضاه لا بالجبر والغصب فينبغى ان يجوز ايضا واما ثانيا فلان ما ذكره فى الرد بالتوكيل بالشراء من انه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير ليس بصحيح اذ لا نسلم ان التوكيل بالشراء امر بقبض المبيع بل هو امر بايجاد العقد وقبض المبيع من متفرعات العقد غير داخل فيه فلا يكون الامر بالشراء امرا بقبض المبيع سلمنا ان التوكيل بالشراء امر بقبض المبيع ايضا لكنه امر به بعد ايجاد العقد لا قبله كما لا يخفى والمبيع بعد ايجاد العقد ملك المشترى لا ملك الغير بخلاف الاستقراض فان المستقرض لا يكون ملك المستقرض بمجرد العقد بل بالقبض على ما صرحوا به فالصواب فى تمشية النقض بالتوكيل بالشراء ان يقال انه امر بتملك المبيع الذى هو ملك الغير كما ذكر فى الذخيرة وغيرها واما ثالثا فلانه ان اراد بقوله فى الجواب عن النقض المذكور ان محله هو الثمن فى ذمة الموكل ان محل التوكيل بالشراء هو نفس الثمن فلا نسلم ذلك لان نفس الثمن انما هو محل التوكيل بايفاء الثمن بعد تمام عقد الشراء لا محل التوكيل بالشراء نفسه وان اراد بذلك ان محله هو ايجاب الثمن فى ذمة الموكل كما هو الظاهر من قوله فى ذمة الموكل والمصرح به فى الذخيرة وغيرها فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ جوابه عن الايراد الآتى فان معناه حينئذ هو انه هلا جعل محله فى الاستقراض ايضا ايجاب البدل فى ذمة الموكل ولا يتيسر الجواب عنه بانه محل ايفاء القرض لان محل الايفاء هو نفس البدل لا ايجابه فى ذمة الموكل بل الجواب الصحيح عنه ما ذكر فى الذخيرة وغيرها من ان البدل فى باب القرض انما يجب فى ذمة المستقرض بالقبض لا بعقد القرض فلا بد من تصحيح الامر بالقبض اولا حتى يستقيم الامر بايجاب المثل فى ذمته والامر بالقبض لم يصح بعد لكون المقبوض ملك الغير واما رابعا فلان قوله فى الجواب عن النقض بالاتهاب والاستعارة ان المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب وانما محله فيهما عبارة الموكل غير تام فانه ان قال الوكيل بالاستعارة ان فلانا ارسلنى اليك يستعير منك كذا او قال الوكيل بالاتهاب ان فلانا ارسلنى اليك يتهب منك كذا فانهما فى هذه الصورة كانا متصرفين فى عبارة الموكل لكنهما لم يخرجا الكلام حينئذ مخرج الوكالة بل اخرجاه مخرج الرسالة والكلام ههنا فى حكم الوكالة دون الرسالة

بخلاف الرسالة فيه **قال** واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق الى العاقد فان دفعه اليه جاز

فان الرسالة صحيحة في الاستقراض ايضا حتى ان الوكيل بالاستقراض لو اخرج كلامه مخرج الرسالة فقال ان فلانا ارسلني اليك ليستقرض منك كذا كان ما استقرضه للموكل ولا يكون للوكيل ان يمنع ذلك منه كما صرح به في الذخيرة وغيرها وان قال الوكيل بالاستعارة استعير منك كذا لفلان الموكل وقال الوكيل بالاتهاب اتهب منك كذا لفلان الموكل فانهما في اتيان الصورة جريا على حكم وكالتهما ولكنهما لم يكونا متصرفين في عبارة الموكل اصلا حيث لم يحكيا عنه كلاما بل تكلما بكلام انفسهما الا انهما اضافا العقد الى موكلهما كما في سائر صور الضرب الثاني فاين تمشية القول بان محل التوكيل فيهما عبارة الموكل على ان ذلك القول منه مخالف صريح بما ذكر في الذخيرة ونقلنا عن كبار الشراح في صدر كتاب الوكالة من ان الموضوع لنقل العبارة انما هو الرسالة فان الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد امره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة واما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل فان العبارات فيها للوكيل واما خامسا فلان قوله فالجواب انما اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم في الذمة الخ ليس بشيء لان اعتبار الخلف عن البدل على تقدير لزومه انما يتصور في التصرفات التي هي من قبيل المعاوضات اما في التصرفات التي هي من قبيل التبرعات فلا والذي فيه من الاستعارة ونحوها من قبيل الثانية فلا معنى لحديث الخلفية ههنا وايضا استحالة اجتماع الاصل والخلف انما تقتضي عدم جواز اعتبار العبارة في الاستقراض خلفا عن بدل لا عدم جواز اعتبارها مطلقا فلم لا يجوز ان تعتبر محلا للتوكيل في الاستقراض ايضا لضرورة صحة العقد وان لم تجعل خلفا عن بدل الا يرى انها اعتبرت محلا للرسالة في الاستقراض ولهذا صحت الرسالة فيه فتامل وقال صاحب غاية البيان قال بعضهم في بيان بطلان استقراض الوكيل ان العبارة للوكيل والمحل الذي امره بالتصرف ملك الغير فان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل قلت هذا الذي قال يبطل بالتوكيل بالاستعارة فانه صحيح مع ان الموكل امره بالتصرف في ملك الغير وليس معنى كلام المصنف ما فهمه هذا القائل بل معناه ان الوكيل بالاستقراض اذا اضاف العقد الى نفسه وقال اقرضني كان التوكيل باطلا حتى لا يكون القرض للموكل بل يكون للوكيل الا اذا اضاف العقد الى نفسه وقال اقرضني كان التوكيل باطلا حتى لا يكون القرض للموكل بل يكون للوكيل الا اذا اضاف العقد الى الموكل يبلغ على وجه الرسالة فقال ارسلني فلان اليك ليستقرض كذا فح يصح الاستقراض ويقع القرض للموكل وليس للوكيل ان يمنع الموكل عنه ما فهمه ففيه غنى عن تطويل لا طائل تحته انتهى كلامه اقول وفيه بحث اذ لا شك ان معنى قول المصنف وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس ان الوكيل ههنا سفير ايضا لا يتعلق الحقوق به بل بموكله لاضافته العقد الى موكله دون نفسه وان قوله الا ان التوكيل بالاستقراض باطل استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس كما صرح به الشراح قاطبة ومنهم هذا الشارح فلو كان معنى كلام المصنف ههنا ما فهمه هذا الشارح لما كان لتخصيص الاستثناء ببطلان صورة التوكيل بالاستقراض معنى اذ على ذلك التقدير يصير الحكم كذلك في جميع صور ما اذا كان الوكيل من جانب الملتمس فان كلا من وكيل المستعير والمستوهب والمرتهن ونحو ذلك اذا اضاف العقد الى نفسه لا الى الموكل يبطل الوكالة ويكون ما اخذه لنفسه لا لموكله لان هذه الصور كلها من الضرب الثاني ومن شرط هذا الضرب ان يضيف الوكيل العقد الى موكله فاذا انتفى بطلت الوكالة فلعمري ان هذا الشارح قد ذهب ههنا عن سننه ووقع في ورطة اخرى اشد من الاولى حتى افسد معنى كلام المصنف بالكلية قال المصنف بخلاف الرسالة فيه اي في الاستقراض فانها صحيحة قال في الايضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيما اذا استقرض للامر الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول ارسلني اليك فلان يستقرض منك فح يثبت الملك للمستقرض اي المرسل وقال الامام الزيلعي في التبيين وعن ابي يوسف رحمه الله ان التوكيل بالاستقراض جائز قال اي القدوري في مختصره واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه اي فللمشتري ان يمنع الثمن من الموكل لانه اي الموكل اجنبي عن العقد وحقوقه لما تقدم ان الحقوق تعود الى العاقد في البيع وامثاله ولهذا اذا نهاه الوكيل عن قبض الثمن ونحوه صح وان نهاه الموكل عن ذلك لا يصح واذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل الا باذن الوكيل فان دفعه اليه اي ان دفع المشتري الثمن الى الموكل جاز لعينه وسع ذلك لو دفع المشتري

ولم يكن للوكيل ان يطالبه به ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل اليه فلا فائدة في الاخذ منه ثم الدفع اليه ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده يقع المقاصة عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله لما انه يملك الابراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين

باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء

الثمن الى الموكل جاز دفعه اليه استحسانا فالفاء في قوله فان دفعه للعطف لا للسبب ولكن لو بدلت بالواو لكان احسن كما لا يخفى ولم يكن للوكيل ان يطالبه به اي بالثمن ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه اي حق الموكل وان كانت مطالبته حق الوكيل وقد وصل اليه اي وقد وصل حق الموكل الى نفسه فلا فائدة في الاخذ منه اي من الموكل ثم في الدفع اليه اي الى الوكيل واعلم ان هذا في غير الصرف واما في الصرف فقبض الموكل لا يصح لان جواز البيع في الصرف بالقبض وكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز فكذا اذا ثبت له حق القبض وقبض الموكل اشير الى هذا في الذخيرة وذكر في الشروح ولهذا اي ولكون نفس الثمن المقبوض حق الموكل لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشئ من الثمن وهذا لان المقاصة ابراء بعوض فتعتبر بالابراء بغير عوض ولو ابراه جميعا بغير عوض وخرج الكلامان معا برئ المشتري بابراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشئ فكذلك ههنا ولانا لو جعلناه قصاصا بدين الوكيل احتجنا الى قضاء آخر فان الوكيل يقضي للموكل ولو جعلناه قصاصا بدين الموكل لم تحتج الى قضاء آخر فجعلناه قصاصا بدين الموكل قصرا للمسافة فقد اثبتنا حكما مجمعا عليه فان الموكل يملك اسقاط الثمن عن المشتري بالاجماع ولو جعلناه قصاصا بدين الوكيل لاثبتنا حكما مختلفا فيه فكان ما قلناه اولى كذا ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده ولما استشعر ان يقال المقاصة لا تدل على كون نفس الثمن حقا للموكل دون الوكيل فانها تقع بدين الوكيل اذا كان للمشتري دين على الوكيل وحده اجاب بقوله وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان تقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما انه اي الوكيل يملك الابراء عنه اي عن المشتري عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يعني انه ان كان يقع المقاصة عندهما بدين الوكيل وحده لعلة ان الوكيل يملك الابراء بغير عوض عن المشتري عندهما فيملك المقاصة ايضا لانها ابراء بعوض فتعتبر بالابراء بغير عوض ولكنه يضمنه اي ولكن الوكيل يضمنه الثمن للموكل في الفصلين اي في فصل الابراء والمقاصة بخلاف الابراء فانه لا ضمين لاحد في شئ من الفصلين فافترقا وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز ابراء الوكيل استحسانا لان الثمن في ذمة المشتري ملك الموكل فابراء الوكيل تصرف في ملك الغير على خلاف ما امر به فلا ينفذ كما لو قبض الثمن ثم وهبه للمشتري وحجة ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان الابراء اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل الا ترى ان الموكل لا يمنعه عن ذلك ولو اراد ان يقبض بنفسه لم يكن له ذلك فكان هو في الابراء عن القبض مسقطا حق نفسه فيصح منه ثم انه لما اسقط حق القبض انسد على الموكل باب الاستيفاء اذ ليس له حق القبض فصار ضامنا له بمنزلة الراهن يعتق المرهون ينفذ اعتاقه لمصادفته ملكه ولكن يضمن للمرتهن لانسداد باب الاستيفاء من مالية العبد بتخليه كذا في المبسوط فان قيل ينبغي ان لا يجوز من الوكيل بالبيع مثل هذا البيع الذي يوجب مقاصة ثمن المبيع بدين الموكل لانه خالف الموكل لانه انما وكله ببيع يصل اليه ثمنه وههنا لا يصل قلت ان لم يصل اليه الثمن بعد البيع فقد وصل اليه قبل البيع فيصير الثمن قصاصا بدين الآمر عندهم جميعا لان الآمر يملك ابراء المشتري عن الثمن بغير عوض عندهم فيملك الابراء بعوض بطريق الاولى كذا في الذخيرة

باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء قدم من ابواب الوكالة ما هو اكثر وقوعا وامس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء وقدم فصل الشراء لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع ينبئ عن ازالته والازالة بعد الاثبات كذا في الشروح اقول هذا الذي ذكروه لتقديم فصل الشراء ضعيف جدا بل هو امر وهمي لا تحقيقي لان الشراء كما ينبئ عن اثبات الملك في المبيع ينبئ ايضا عن ازالة الملك عن الثمن وان البيع كما ينبئ عن ازالة الملك عن المبيع ينبئ ايضا عن اثبات الملك في الثمن وعن هذا قالوا ان الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه فهما شيئان في الانباء عن الاثبات والازالة وان وجه بان الاصل المعقود عليه في عقد المبايعة هو المبيع فيكفي انباء الشراء عن الاثبات والبيع عن الازالة بالنظر اليه قلنا لا شك ان ثبوت ملك المشتري في المبيع ليس بمقدم على زوال ملك البائع

قال ومن وكل رجلا بشراء شئ فلا بد من تسمية جنسه وصفته

عنه دالا يلزم ان يجمع في كل بيع في ان واحد ابو قبيل زوال ملك البائع عنه لمكان ستقلان للبائع والمشتري ولا يخفى بطلانه فتعين ان ثبوت الملك وزواله
في البيع والشراء انما يتحققان معا بالنسبة الى الشخصين واما قضية كون الازالة بعد الاثبات فانما يجري في محل واحد بالنسبة الى شخص واحد فهي بمعزل عما
نحن فيه فالاظهر ان الوجه في تقديم فصل الشراء على فصل البيع ما هو الوجه في تقديم باب الوكالة بالبيع والشراء على سائر ابواب الوكالة من كونه اكثر وقوعا
وامس حاجة فان اكثر الناس يوكل الآخر بالشراء في ماكله ومشاربه وملابسه وغير ذلك من الامور المهمة التي قلما يخلو الانسان في اوقات من الاحتياج
اليها وقلما يقدر على ان يتولى شراءها بنفسه بخلاف التوكيل في باب البيع كما لا يخفى قال اي القدوري في مختصره ومن وكل رجلا بشراء شئ اي شئ
غير معين لان في المعين لا يحتاج الى تسمية الجنس والصفة كذا في الشروح فلا بد من تسمية جنسه كالعبد والجارية وان العبد جنس عند اهل الشرع وكذا
الجارية باعتبار اختلاف الاحكام وصفته اي نوعه على ما سياتي في كلام المصنف ره كالتركي والهندي قال صاحب الغاية فيحتاج الى تعريف الجنس
والنوع فقيل الجنس هو ما يدخل تحته انواع متغايرة والنوع اسم لاحد ما يدخل تحت اسم فوقه وذكر في الفوائد الظهيرية محالا الى اهل المنطق الجنس اسم
دال على كثيرين مختلفين بالنوع والنوع اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة انه لم يات بشئ يعرف به ما هو المراد بالجنس
والنوع ههنا لان الذي ذكره اولا لا حاصل له بل هو امر مبهم متناول لامور كثيرة غير مراد بالجنس والنوع ههنا قطعا والذي ذكره ثانيا لا يطابق مراد الفقهاء
ويشهد بذلك قطعا ما ذكروه من امثلة الجنس والنوع وقال صاحب العناية واراد بالجنس النوع لا مصطلح اهل المنطق وهو الكلي المقول على كثيرين مختلفين بالنوع
في جواب ما هو والنوع هو المقول على كثيرين مختلفين بالعدد في جواب ما هو واراد مصطلح اهل النحو وهو ما علق على شئ وعلى كل ما اشبهه ويجوز ان يريد بالجنس
ما يندرج تحته اشخاص وقد مر بيان ذلك في كتاب النكاح في باب المهر انتهى اقول كل واحد من المعاني الثلثة التي جوز كونها مرادة بالجنس ههنا منظور فيه
اما الاول فلانه ان اراد بالنوع في قوله وان اراد بالجنس النوع النوع المنطقي كما هو المتبادر من سياق كلامه يرد عليه ان من الاجناس الشرعية ما ليس بنوع
عند اهل المنطق كالعبد والجارية فانهما ليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم من اصناف نوع الانسان وان اراد به النوع اللغوي بمعنى القسم يلزم
ان يدخل فيه جميع الانواع الشرعية بل اصنافها ايضا فان كل واحد منها قسم مما هو الاعم منه فلا تميز الجنس الشرعي عن النوع الشرعي وما دونه فيختل معنى المقام
واما الثاني فلان ذلك المعنى الذي هو مصطلح اهل النحو في اسم الجنس وحاصله ما علق على شئ لا بعينه كما ذكره في باب المهر من كتاب النكاح يصدق
على ما فوق الاجناس الشرعية كالدابة والثوب والرقيق فان كل واحد منها مما تحته الاجناس الشرعية كما صرحوا به ويصدق ايضا على ما تحت الاجناس
الشرعية من الانواع الشرعية وما دونها فلا تميز الجنس الشرعي حينئذ من غيره فيختل معنى المقام واما الثالث فلان ذلك المعنى الذي هو مصطلح حكماء يونان
في الجنس على ما نقل عن ابي علي بن سينا يصدق على كل مفهوم كلي يندرج تحته اشخاص فيعم ما فوق الاجناس الشرعية وما تحتها من الانواع الشرعية
واصنافها فلا تميز الجنس الشرعي من غيره حينئذ ايضا فيختل معنى المقام وقال صاحب العناية والمراد بالجنس والنوع ههنا غير ما اصطلح عليه اهل المنطق فان الجنس
عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو كالحيوان والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ما هو كالانسان مثلا والصنف هو النوع
المقيد بقيد عرضي كالتركي والهندي والمراد ههنا بالجنس ما يشمل اصنافا على اصطلاح اولئك وبالنوع الصنف انتهى اقول لا يخفى على العارف بالفقه ان ما قاله
صاحب العناية اقرب الى ضبط ما هو المراد من الجنس والنوع عند اهل الشرع لكن فيه ايضا اشكال لانه ان اراد بالصنف في قوله وبالنوع الصنف الصنف
المنطقي كما هو المتبادر من سياق كلامه يرد عليه ان الحمار نوع عند اهل الشرع على ما سيجئ في الكتاب مع انه ليس بصنف منطقي بل هو نوع عند اهل المنطق ايضا وان اراد بذلك الصنف

او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت لانه فوض الامر الى رأيه فاي شئ يشتريه يكون ممتثلا والاصل فيه ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لانه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال مثاله

اللغوي بمعنى الضرب والقسم يرد عليه ان الرقيق مثلا صنف بهذا المعنى لانه ضرب من الانسان وليس بنوع عند اهل الشرع بل هو عندهم مما يجمع الاجناس الشرعية كالعبد والجارية على ما صرحوا به وان العبد والجارية مثلا صنفان بالمعنى المذكور وليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم جنسان كما نصوا عليه او جنسه ومبلغ ثمنه اي او تسمية جنسه ومقدار ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار اي فيمكن للوكيل الامتثال لامر الموكل فان ذلك الجنس مجردا عن الصفة او الثمن لا يفيد المعرفة فلا يتمكن الوكيل من الاتيان بما امره الموكل به اعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بان الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء واجيب بان الفعل الموكل به في هذا القسم ليس مجرد الشراء بل شراء نوع من جنس واذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف اليه كذا في العناية اقول لقائل ان يقول ان اراد ان الفعل الموكل به في هذا القسم شراء نوع معين من جنس فهو ممنوع كيف ومعنى الدليل المذكور انه لو لم يسم الموكل شراء شئ نوعه مع جنسه او مبلغ ثمنه مع جنسه لم يصر الفعل به معلوما فلم يتمكن للوكيل الائتمار بامره وعلى هذا لا يتحمل ان يكون الفعل الموكل به شراء نوع معين خلاف المقدر وان اراد ان الفعل الموكل به في هذا القسم شراء نوع ما من انواع جنس فهو مسلم لكن يرد عليه الاعتراض بان الفعل الموكل به حينئذ معلوم وهو شراء نوع ما من جنس فاذا اشترى الوكيل اي نوع كان من ذلك الجنس يصير مؤتمرا بامره ويمكن الجواب بان الفعل الموكل به حينئذ وان كان شراء نوع مطلق من جنس نظرا الى ظاهر لفظ الموكل لكن يجوز ان يكون مراد الموكل شراء نوع مخصوص من ذلك الجنس فاذا لم يعلم ذلك النوع المراد لم يمكن للوكيل الائتمار بامره على وفق مراده فمعنى كلام المص ليصير الفعل الموكل به معلوما على وفق مراد الموكل فيمكن للوكيل الائتمار بامره على وفق ذلك ويرشد اليه قوله فيما سياتي فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة الا ان يوكله وكالة عامة استثناء من قوله فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه يعني اذا وكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت فلا يحتاج الى ذكر شئ منها لانه اي الموكل في هذه الصورة فوض الامر الى رأيه اي الى رأي الوكيل فاي شئ يشتريه يكون ممتثلا لامر الموكل فيقع عنه اعلم ان الجهالة ثلثة انواع فاحشة وهي جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب والدابة والرقيق وهي تمنع صحة الوكالة وان بين الثمن لان الوكيل لا يقدر على الامتثال ويسيرة وهي جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار والفرس والبغل والثوب الهروي والمروي فانها لا تمنع صحة الوكالة وان لم يبين الثمن وقال بشر بن غياث لا تصح الوكالة لان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء فلا يصح الا ببيان وصف المعقود عليه ولنا انه عليه الصلوة والسلام وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للاضحية ولم يبين صفتها ومبنى الوكالة على التوسع لكونها استعارة فيتحمل فيها الجهالة اليسيرة استحسانا وفي اشتراط بيان الوصف بعض الحرج فسقط اعتباره وجهالة متوسطة وهي بين النوع والجنس كالتوكيل بشراء عبد او شراء امة او دار فان بين الثمن او النوع يصح ويجعل ملحقا بجهالة النوع وان لم يبين الثمن والنوع لا يصح ويلتحق بجهالة الجنس لانه يمنع الامتثال كذا ذكره في الكافي اخذا من المباسيط والجوامع فاراد المص ان يشير الى هذه الانواع الثلثة من الجهالة وان يبين حكم كل واحد منها في باب الوكالة فقال والاصل فيه ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا هذا بيان لحكم الجهالة اليسيرة فانما قيد بالاستحسان لان القياس ان لا تتحمل الجهالة في الوكالة وان قلت بناء على ان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء الا يرى انا نجعل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبائع من الموكل فلا يجوز الا ببيان وصف المعقود عليه وجه الاستحسان ما ذكره بقوله لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط يعني اشتراط بيان الوصف او اشتراط عدم جهالة اليسيرة بعض الحرج وهو مدفوع شرعا بالنص ثم ان كان اللفظ اي لفظ الموكل يجمع اجناسا كالدابة والثوب او ما هو في معنى الاجناس كالدار والرقيق لا يصح التوكيل وان بين الثمن هذا بيان لحكم الجهالة الفاحشة وانما كان الحكم فيها كذلك لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس اي يوجد فرد من كل جنس فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة فالوكيل لا يقدر على الامتثال وان كان اي اللفظ جنسا يجمع انواعا كالعبد والامة لا يصح اي التوكيل الا ببيان الثمن او النوع هذا بيان لحكم الجهالة المتوسطة وانما كان الحكم فيها كذلك لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع الامتثال اي امتثال امر الآمر مثاله اي مثال هذا النوع

اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان بين النوع كالتركي او الحبشي او الهندي او السندي او المولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه ولو بين النوع او الثمن ولم يبين صفة الجودة والرداءة والسطة جاز لانه جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال قال وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه

من انواع الجهالة وانما ذكر المثال لهذا النوع دون النوعين السابقين لان مثال كل من النوعين سيأتي في اثناء مسألة الجامع الصغير بخلاف هذا النوع وهذا سر تفردت ببيانه اذا وكله اي اذا وكل رجل رجلا بشراء عبد او جارية لا يصح اي لا يصح التوكيل بمجرد هذا اللفظ لانه اي لان هذا اللفظ يعني لفظ عبد وجارية يشمل انواعا فلا يدري المراد فان بين النوع كالتركي والحبشي والسندي والمولد وفي المغرب المولدة التي ولدت ببلاد الاسلام جاز اي التوكيل وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه اراد به قوله لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما قال بعض المشائخ ان كان يوجد بما سمي من الثمن من كل نوع لا يصح ببيان الثمن ما لم يبين النوع كذا في الذخيرة ولو بين النوع او الثمن ولم يبين الصفة وهي الجودة والرداءة والسطة اي الوسط السطة مع الوسط كالعدة مع الوعد والعظة مع الوعظ في ان التاء في آخرها عوضت عن الواو الساقطة من اولها في المصدر والفعل من حد ضرب جاز اي التوكيل لانه اي هذا القدر من الجهالة جهالة مستدركة اي يسيرة فلا يبالي بها ومراده اي مراد القدوري من الصفة المذكورة في الكتاب اي في مختصره النوع ليوافق كلامه القاعدة الشرعية وما صرح به في كتب سائر المشائخ وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة اي وان بين الثمن كما ذكر فيما مر فلما بطلت الوكالة كان الشراء واقعا على الوكيل كما صرح به في نسخ الجامع الصغير فقال رجل امر رجلا ان يشتري له ثوبا او دابة فاشترى فهو مشتر لنفسه فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف تطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا يعني ان لفظ الدابة سواء حمل على اللغة او على العرف قد جمع اجناسا وكانت الجهالة فيه فاحشة وكذا الثوب اي هو ايضا يجمع اجناسا لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء اي من الاعلى الى الادنى وكانت الجهالة فيه فاحشة ولهذا لا يصح تسميته اي تسمية الثوب مهرا فان الجهالة الفاحشة تبطل التسمية في باب المهر ايضا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الاجناس يعني الدار وان لم تجمع اجناسا حقيقة الا انها تجمع ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال اي تعذر الامتثال للامر الامر بشراء الاشياء المذكورة لتفاحش الجهالة وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز اي التوكيل هذا لفظ الجامع الصغير قال المصنف معناه يعني معنى جنس الدار في قوله ووصف جنس الدار نوعه فحينئذ تلتحق بجهالة النوع وهي جهالة يسيرة لا تمنع صحة الوكالة كما مر قال صاحب النهاية وتقييده بذكر نوع الدار مخالف الرواية المبسوط فقال فيه وان وكله بان يشتري له دارا ولم يسم ثمنا لم يجز ذلك ثم قال وان سمى الثمن جاز لان بتسمية الثمن تصير معلومة عادة وان بقيت جهالة فهي يسيرة مستدركة والمتأخرون من مشائخنا يقولون في ديارنا لا يجوز الا ببيان المحلة انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في اكثر المواضع وانا اقول في تحقيق المقام انما حمل المصنف ره الجنس الواقع في عبارة الجامع الصغير ههنا على النوع لئلا يختل معنى المقام وانه لو اجرى الجنس ههنا على معناه الظاهري كان ذكر وصف الجنس مستدركا بالنظر الى مسألة الدار ومخلا بالنظر الى مسألة الثوب اما الاول فلان الموكل اذا سمى ثمن الدار يلغو هناك وصف جنسها اذ لا دخل لوصف الجنس في رفع الجهالة وانما ترتفع الجهالة بتسمية الثمن او ببيان النوع كما تقرر فيما قبل واما الثاني فلان الثوب معطوف على الدار فيصير المعنى ان وصف الموكل جنس الثوب جاز التوكيل ولا صحة له على تقدير ان كان الجنس يجري على معناه الظاهري لان الثوب من قبيل ما يجمع اجناسا فالجهالة فيه فاحشة وهي ترتفع وان بين الثمن فكيف يتصور ارتفاعها بمجرد وصف الجنس واما اذا حمل على معنى النوع فيصح المعنى في مسألة الثوب بلا غبار اذ ببيان النوع ترتفع الجهالة التي تمنع صحة الوكالة قطعا وانما يبقى الكلام في مسألة الدار فانها تصير حينئذ مقيدة بتسمية الثمن ووصف النوع مع ان تسمية الثمن كافية فيها على ما وقع في رواية المبسوط بل في رواية عامة الكتب فيصير رواية الجامع الصغير مخالفة لرواية تلك الكتب لكن وقوع الروايتين ليس بعزيز في المسائل الشرعية فيجوز ان يكون الامر ههنا ايضا كذلك فيكون مدار رواية الجامع الصغير على ان الجهالة في الدار فاحشة كما بينه المصنف ومدار رواية تلك الكتب

وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا ونحوه قال ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها استحسانا والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف املك وهو على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق

على ان الجهالة فيها متوسطة كما صرحوا ثم انا ان جعلنا وصف النوع في حق الدار بيان المحلة صار ما ذكر في الجامع الصغير عين ما قاله المتأخرون من مشائخنا وكان موافقا لما ذكر في كثير من الكتب فتأمل قال المصنف ره وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا ونحوه اي يصح التوكيل بشراء الحمار ونحوه وان لم يبين الثمن وبه صرح في المبسوط لان الجنس صار معلوما بتسمية النوع وانما بقيت الجهالة بالوصف فيصح الوكالة بدون تسمية الثمن فان قيل الحمير انواع منها ما يصلح للركوب العظماء ومنها ما لا يصلح الا للحمل عليه قلنا هذا اختلاف الوصف مع ان ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل حتى قالوا ان القاضي او الوالي اذا امر انسانا بشراء حمار ينصرف الى ما يركب مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب او الاذنين لا يجوز عليه بخلاف ما لو امره الفاليزي بذلك كذا في المبسوط وذكر في كثير من الشروح اقول بقي ههنا كلام وهو ان ما ذكره المصنف ره ههنا مخالف لما ذكره في باب المهر في مسئلة التزوج على حيوان غير موصوف حيث قال هناك معنى هذه المسئلة ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف بان يتزوجها على فرس او حمار انتهى فقد جعل الحمار هناك جنسا وههنا نوعا والتوجيه الذي ذكره صاحب العناية هناك من انه اراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء دون مصطلح اهل المنطق ليس بجيد اذ قد صرح المصنف ره ههنا بان الحمار نوع ولا شك ان مراده بالنوع ههنا ما هو مصطلح الفقهاء واللازم بيان ثمن الحمار ايضا وقد صرحوا بعدمه فيه فلم يكن الحمار جنسا على مصطلح الفقهاء ايضا قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها وانما قيد بدفع الدراهم الى آخر لانه اذا لم يدفع اليه دراهم وقال اشتر لي طعاما لم يجز على الامر لانه لم يبين له المقدار وجهالة القدر في المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الامر بما سمى له كذا في الكافي وغيره وما ذكر في الكتاب استحسان والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة اي لحقيقة الطعام كما في اليمين على الاكل يعني اذا حلف لا ياكل طعاما يحنث باكل اي طعام كان اذ الطعام اسم لما يطعم بحسب الحقيقة اذ وجه الاستحسان ان العرف املك اي اقوى وارجح بالاعتبار من الحقيقة وهو اي العرف على ما ذكرناه اي على الحنطة ودقيقها اذا ذكر اي الطعام مقرونا بالبيع والشراء يعني ان العرف في شراء الطعام انما يقع على الحنطة ودقيقها وبائع الطعام في الناس من يبيع الحنطة ودقيقها دون من يبيع الفواكه فصار التقييد الثابت بالعرف كالثابت بالنص كذا في المبسوط وقال في الكافي ولهذا لو حلف لا يشتري طعاما لا يحنث الا بشري البر ودقيقه ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع اي فبقي الطعام في حق الاكل على الوضع والحقيقة ولهذا يحنث في اليمين على الاكل باكل اي مطعوم كان قالوا هذا الذي ذكر في شراء الطعام من انصرافه الى الحنطة ودقيقها انما هو عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام اما في عرف غيرهم فينصرف الى شراء كل مطعوم وقال بعض مشائخ ما وراء النهر الطعام في عرف ديارنا ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوي وغير ذلك فينصرف التوكيل اليه قال الصدر الشهيد وعليه الفتوى كذا في الذخيرة وغيرها وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق هذا الظاهر يدل على ان ما ذكره اولا مطلق اي سواء كان الدراهم قليلة او كثيرة اذا وكل بشراء الطعام ينصرف الى شراء الحنطة ودقيقها وهذا الذي ذكره ثانيا وعبر عنه بلفظ قيل مخالف للاول وهو قول الفقيه ابي جعفر الهندواني كما ذكره الصدر الشهيد في اول باب الوكالة بالبيع والشراء من بيوع الجامع الصغير وعزاه الامام قاضيخان في فتاواه الى شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده ولكن قال صاحب النهاية انه ليس بقول مخالف للاول بل هو داخل في الاول واليه اشار في المبسوط والذخيرة فقال في المبسوط بعد ذكر ما قلنا ثم ان قلت الدراهم فله ان يشتري بها خبزا وان كثرت فليس له ان يشتري بها خبزا لان ادخاره غير ممكن وانما يمكن الادخار في الحنطة وذكر في الذخيرة واذا وكل رجلا بان يشتري له طعاما ودفع اليه الدراهم صح التوكيل استحسانا وينصرف التوكيل الى الحنطة ودقيقها وخبزها ويحكم الدراهم في تعيين واحد منها ان كانت الدراهم قليلة بحيث لا يشتري بمثلها في العرف الا الخبز فالتوكيل ينصرف الى الخبز الى آخره ثم قال قال القدوري اذا كان الرجل قد اتخذ

قال واذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشترى دعوى كالشفيع وغيره

والبيعة لعلم ان مراده من التوكيل الخبز وان كثرت الدراهم فاذا اشترى الخبز في هذه الصورة يجوز على الآمر الى هنا كلام صاحب النهاية وقال صاحب العناية بعد نقل رأي صاحب النهاية ههنا من ان المعبر عنه بقيل غير مخالف للاول بل هو داخل فيه واقول في تحقيق ذلك العرف يصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها والدراهم بقلتها وكثرتها ووسطها تعين افراد ما عينه العرف وقد يعرض ما يترجح على ذلك ويصرفه الى خلاف ما حمل عليه مثل الرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة ليشتري بها طعاما فاشترى بها خبزا وقع على الوكالة للعلم بان المراد ذلك انتهى وطعن فيه بعض الفضلاء حيث قال نسبة هذا الكلام الى نفسه عجيب فان صاحب النهاية ذكر ما يدل على ما قاله من المبسوط والذخيرة ولا يذهب عليك ان ما ذكره بقوله اقول الخ هو ما في الذخيرة بعينه انتهى واقول لا يذهب على المتامل في كلام صاحب العناية ان نسبته الى نفسه ليست محل التعجب لانه اراد بيان وجه ما ذكر اولا من اصل المسئلة وبيان طريق دخول ما ذكر ثانيا بقيل في الاول وبيان التوفيق بين ما ذكره القدوري وبين ما ذكر ههنا بقيل وفي الذخيرة بتحكيم الدراهم وقصد افادة هذه المعاني الثلاثة بكلام موجز جامع فقال العرف يصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها افادة للمعنى الاول وقال والدراهم بقلتها وكثرتها ووسطها تعين افراد ما عينه العرف افادة للمعنى الثاني وقال يعرض ما يترجح على ذلك ويصرفه الى خلاف ما حمل عليه الخ افادة للمعنى الثالث ولا يخفى ان هذا المجموع سيما بهذا التركيب والترتيب ليس عين ما ذكر في الذخيرة ولا في غيرها وان كان مما يفهم من كلماتهم المتفرقة فلا عنه وفي ان يعده تحقيقا وينسبه الى نفسه ثم اقول بقي ههنا اشكال وهو ان المذكور في مسئلة الكتاب ان التوكيل بشراء الطعام يقع على الحنطة ودقيقها ولم يذكر فيها الخبز وكذا في مسئلة المبسوط والمذكور في التحقيق المزبور ان العرف يصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها بدون ذكر الخبز فكيف يتم القول بان ما ذكر ثانيا بقيل داخل في الاول وقد ذكر فيه الخبز ايضا دون الاول وكيف يصح ما ذكر في التحقيق المزبور من ان الدراهم بقلتها وكثرتها ووسطها تعين افراد ما عينه العرف والخبز لم يدخل فيما عينه العرف على ما ذكر فيه لا يقال يجوز ان يدرج الخبز في الحنطة ودقيقها المذكورين او ان يجعل في حكمهما فيكتفى بذكرهما عن ذكره لانا نقول لا مجال لشيء من ذلك لانهم جعلوا الخبز قسيما للحنطة ودقيقها في الذكر والحكم حيث قالوا ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق فاني تيسير ذلك نعم قد ذكر الخبز مع الحنطة ودقيقها في الذخيرة في اصل المسئلة وبيان تحكيم الدراهم كما مر تفصيله عند نقل كلام صاحب النهاية فيح لا اشكال ولكن الكلام في تصحيح مسئلة الكتاب ومسئلة المبسوط على القول بكون الكلام الثاني داخلا في الاول فتامل قال اي القدوري في مختصره واذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب اي فللوكيل ان يرد ما اشتراه على البائع بسبب العيب فيه ما دام المبيع في يده لانه اي الرد بالعيب من حقوق العقد اي من حقوق عقد الشراء وهي كلها اليه اي الحقوق كلها ترجع الى الوكيل في مثل هذا العقد فان سلمه الى الموكل اي فان سلم الوكيل المبيع الى الموكل لم يرده الا باذنه اي لم يرده على البائع الا باذن الوكيل لانه انتهى حكم الوكالة اي انتهى حكم الوكالة بتسليمه الى الموكل فخرج من الوكالة وانقطع حقه ولان فيه اي في الرد بالعيب بعد التسليم الى الموكل ابطال يده اي يد الموكل الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه اي باذن الموكل الذي هو صاحب اليد الحقيقية ولهذا اي ولاجل كون الحقوق كلها الى الوكيل كذا قيل في كثير من الشروح اقول فيه نظر لان هذا التفسير انما يتم بالنظر الى قول المصنف ره فيما سياتي قبل التسليم الى الموكل لا بالنظر الى ما قبله لا بعده كما لا يخفى مع ان كلامنا في حيز هذا التفريع كما ترى فالحق في التفسير ان يقال اي لما ذكرنا من الادلة على جواز الرد في صورة عدم جوازه في اخرى كان اي الوكيل خصما لمن يدعي في المشترى دعوى كالشفيع اذا ادعى حق الشفعة في المشترى وغيره اي وغير الشفيع كمن يدعي الاستحقاق

قبل التسليم الى الموكل لا بعده **قال** ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به دفعا للحاجة على ما مر ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز

في المشتري من حيث الملك قبل التسليم الى الموكل متعلق بقوله كان خصما ان كان الوكيل خصما لذلك المدعي قبل التسليم الى الموكل لا بعده اي لم يكن خصما له بعد التسليم اليه قال اي القدوري في مختصره ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم يعني اذا وكل شخصا ان يعقد عقد الصرف او يسلم في مكيل مثلا ففعل جاز لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به دفعا للحاجة على ما مر في اول كتاب الوكالة وهو قوله كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره قال جمهور الشراح يرد عليه مسئلة الوكالة من جانب المسلم اليه فانها لا تجوز مع ان المسلم اليه لو باشر بنفسه لقبول السلم يجوز فمنهم من لم يجب عنه ومنهم من اجاب عنه فقال صاحب غاية البيان فجوابه ان القياس ان لا يملكه المسلم اليه ايضا لكونه بيع المعدوم الا انه جوز ذلك من المسلم اليه رخصة له دفعا لحاجة المفاليس وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وما ثبت بخلاف القياس يقتصر على مورد النص فلم يجز توكيله غيره اذ نقول جاز المعدول ضرورة دفع حاجة المفاليس والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلم نظهر اثره في التوكيل ولم يرد نقضا على الكلي الذي قاله القدوري لان تملك المسلم اليه العقد بنفسه لعارض الضرورة والعوارض لا تقدح في القواعد وقال هذا ما سنح به خاطري في هذا المقام وقد تبعه صاحب العناية في كلا جزئي جوابه ولكن اجملها اقول في كل واحد منهما نظر اما في الاول فلانه منقوض بعقد الاجارة مثلا لانه كما يجوز ان يباشره الانسان بنفسه يجوز ان يوكل به غيره بلا خلاف مع انه ثابت ايضا على خلاف القياس بالنص كما سياتي في اول كتاب الاجارة ثم ان الظاهر ان مورد النص مجرد جواز عقد السلم من غير تعرض للمباشرة بنفسه فجواز التوكيل فيه على فرض لا ينافي الاقتصار على مورد النص كما ان جوازه في عقد الاجارة لم ينافي الاقتصار على مورد النص لاجل ذلك واما في الثاني فلانه مع انتقاضه ايضا بمثل عقد الاجارة يرد عليه ان في التوكيل ايضا ضرورة دفع الحاجة سيما اذا كان الموكل مريضا او شيخا فانيا او نحو ذلك فكون الثابت بالضرورة متقدرا بقدر الضرورة لا يمنع جواز التوكيل من جانب المسلم اليه ايضا لا يقال انما جاز بيع المعدوم في عقد السلم لضرورة دفع حاجة المفاليس الى الثمن لا لمطلق الضرورة والتي تتحقق في التوكيل ضرورة دفع حاجة الموكل الى العمل لا غير لانا نقول بل تتحقق في التوكيل عند الحاجة اليه ضرورة دفع حاجة المفاليس الى الثمن ايضا مع زيادة فان المفلس العاجز المباشرة بنفسه اذا لم يقدر على توكيل غيره بقبول السلم اشتد حاجته الى الثمن قال المص ومراده التوكيل بالاسلام اي مراد القدوري بالتوكيل بعقد السلم التوكيل بالاسلام وهو توكيل رب السلم غيره بان يعقد عقد السلم ولفظ الاسلام انما يستعمل من جانب رب السلم يقال اسلم في كذا اذا اشترى شيئا بالسلم دون قبول السلم اي ليس مراده بذلك التوكيل بقبول السلم وهو التوكيل من جانب المسلم اليه لان ذلك اي لان التوكيل بقبول السلم لا يجوز فان الوكيل حينئذ يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره اي الموكل وهذا لا يجوز لان من باع ملك نفسه من الاعيان على ان يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك في الديون نص على ذلك محمد رحمه الله في باب الوكالة بالسلم من البيوع واذا بطل التوكيل من المسلم اليه بقبول عقد السلم كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام في ذمته ورأس المال مملوك له فاذا سلمه الى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا له عليه كذا في المبسوط وغيره فان قيل قد يجوز التوكيل بشيء يجب في ذمة الغير كما في التوكيل بالشراء فان الوكيل هو الطالب بالثمن والثمن يجب في ذمة الموكل فلم لا يجوز فيما نحن فيه توكيل المسلم اليه غيره بقبول السلم على ان يطالب الوكيل بتسليم المسلم فيه بجامع معنى الدينية فان المسلم فيه دين في ذمة المسلم اليه كالثمن في ذمة المشتري قلنا بين الدينين فرق لان المسلم فيه دين له حكم المبيع حتى لا يجوز الاستبدال به قبل القبض وليس الثمن حكم المبيع فلا يلزم من الجواز هناك الجواز ههنا كذا في النهاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية في الجواب عن السؤال المذكور ان كلامنا فيما اذا كان المبدل في ذمة شخص وآخر يملكه بدله وما ذكرتم ليس كذلك فان الموكل بالشراء يملك المبدل ويلزمه البدل في ذمته وقال فان قيل فما جعل المسلم فيه

فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسولين لان الرسالة في العقد لا في القبض وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح

في ذمة الموكل والمال له كما في صورة الشراء فالجواب هو الجواب عن السؤال الاول المذكور آنفا انتهى كلامه اقول انه عدل ههنا عن منهج الصواب حيث غير المشرب الذي ذكره المصنف ولكن افسد لان مال جوابه الاعتراف بعدم تمام الدليل الذي ذكره المصنف والمصير الى دليل آخر حاصل من الجواب عن السؤال الاول حاصله ان جواز قبول السلم ثابت بالنص على خلاف القياس وبالضرورة فيقتصر على مورد النص ويتقدر بقدر الضرورة فلا يتعدى الى الامر به والدليل الذي ذكره المصنف مما تلقته السلف والخلف بالقبول فلا وجه للاعتراف بعدم تمامه مع تحقق المخلص عن السؤال المذكور بالجواب الذي ذكره غيره على ان الجواب عن السؤال الاول قد عرفت عدم تمامه بما اوردنا عليه فيما قبل فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد هذا لفظ القدوري في مختصره اي ان فارق الوكيل بعقد الصرف والسلم صاحبه الذي عقد معه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض يعني ان من شرط الصرف والسلم قبض البدل في المجلس فاذا وجد الافتراق فيهما من غير قبض لم يوجد الشرط فبطل العقد قال صاحب النهاية هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد واما اذا كان حاضرا في مجلس العقد فحينئذ كان الموكل صارفا بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل كذا ذكره الامام خواهرزاده انتهى وكذا قال اكثر الشراح وعزوه الى الامام خواهرزاده وقال الزيلعي في التبيين وهذا مشكل فان الوكيل اصيل في باب البيع حضر الموكل العقد او لم يحضر انتهى ولا يعتبر مفارقة الموكل اي لا يعتبر مفارقته قبل القبض لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه اي قبض الوكيل بدل الصرف وان كان لا يتعلق به الحقوق اي وان كان الوكيل ممن لا يتعلق به حقوق العقد كالصبي والعبد المحجور عليه لان القبض في الصرف من تتمة العقد فيصح ممن يصدر عنه العقد اقول لو قال المصنف ره في اثناء التعليل والمستحق بالعقد قبض العاقد والقبض من العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه والقبض منه لكان اولى واليق اذ لا يخفى ان المدعى ههنا وهو قوله ولا تعتبر مفارقة الوكيل عام لبابي الصرف والسلم كما ان قوله فيما قبله فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد عام لهما والدليل الذي ذكره ههنا خاص بباب الصرف لان التوكيل في باب السلم انما يصح من جانب رب السلم لا من جانب المسلم اليه كما مر والوكيل من جانب رب السلم ليس بقابض البدل بل هو المقبوض منه فلم يتناوله قوله والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وكان الدليل قاصرا عن افادة تمام المدعى بخلاف ما لو قال مثل ما ذكرناه فتدبر بخلاف الرسول متعلق بقوله فيصح قبضه ومعناه ان الرسول اذا قبض لا يصح قبضه فلا يتم العقد به وفي بعض النسخ بخلاف الرسولين اي الرسول في باب الصرف والرسول في باب السلم وليس معناه الرسول من الجانبين في الصرف والرسول من الجانبين في السلم اي من جانب رب السلم ومن جانب المسلم اليه لانه كما لا يجوز الوكالة من جانب المسلم اليه فكذلك لا يجوز الرسالة من جانبه كذا في الشروح لان الرسالة في العقد لا في القبض وذلك لان الكلام ههنا في مخالفة الرسول في العقد للوكيل في العقد في بابي الصرف والسلم ورسالة الرسول في العقد انما يثبت في العقد لا في القبض لان القبض خارج عن العقد ولا يدخل تحت الرسالة فيه هذا وقال صاحب العناية في توضيح قوله لان الرسالة في العقد لا في القبض والا لكان افتراق بلا قبض وفصل بعض الفضلاء مراده بان قال فان ذلك انما يكون اذا عقد المرسل بنفسه ولم يقبض وفارق صاحبه ثم ارسله اذ لا معنى للارسال قبل المفارقة انتهى اقول فيه بحث لان هذا انما يفيد ان لا يكون الرسالة في القبض فقط لا ان لا يكون في العقد والقبض معا وبدون دفع هذا الاحتمال لا يتم المطلوب ههنا كما لا يخفى تامل وينتقل كلامه الى المرسل اي وينتقل كلام الرسول في العقد الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح اي لم يصح قبض الرسول فلم يتم العقد به اقول ههنا اشكال وهو ان الرسالة في السلم انما يجوز من جانب رب السلم لا من جانب المسلم اليه كالوكالة فعلى ما صرح به فالمراد بالرسول في

قال واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله فان هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده وله ان يحبسه حتى يستوفي الثمن

باب السلم هو الرسول من جانب رب السلم فقط ولا شك ان وظيفة رب السلم هي العقد وتسليم رب المال لا قبضه الذي هو من شرط عقد السلم وانما القبض وظيفة المسلم اليه فلا يتم الكلام بالنظر الى الرسول في باب السلم كما لا يخفى ثم ان هذا الاشكال الظاهر على نسخة بخلاف الرسولين وهي نسخة اطبق عليها الشراح حتى ان صاحبي النهاية والكفاية شرحا هذه النسخة ولم يذكرا النسخة الاخرى اصلا وصاحب غاية البيان جعلها اصلا وذكر الاخرى نسخة وفسر كلهم الرسولين بالرسول في الصرف والرسول في السلم واما على نسخة بخلاف الرسول وكذلك ان جعل الرسول عاما للرسول في الصرف والرسول في السلم كما ذهب اليه كثير من الشراح حيث فسر الرسول بالرسول في الصرف والرسول في السلم وكما افصح عنه صاحب الكافي حيث قال بخلاف الرسول اي في الصرف والسلم انتهى واما اذا جعل مخصوصا بالرسول في الصرف ليكون قوله بخلاف الرسول مطابقا لمتعلقه وهو قوله فيصح قبضه فان المعنى هناك فيصح قبض الوكيل بدل الصرف كما صرح به اكثر الشراح فيرتفع الاشكال

قال القدوري في مختصره واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع لم يكن متبرعا فله ان يرجع به اي بالثمن على الموكل لانه انعقدت بينهما اي بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية اي بيع حكمي فصار الوكيل كالبائع عن الموكل قال صاحب غاية البيان في تعليل هذا لان الملك ينتقل الى الوكيل اولا ثم ينتقل منه الى الموكل انتهى اقول هذا شرح الكلام المصنف بما لا يرتضيه صاحبه لان انتقال الملك اولا الى الوكيل ثم الى الموكل طريقة الكرخي والمصنف قد اختار فيما مر طريقة ابي طاهر وقال هو الصحيح احترازا عن طريقة الكرخي كما صرح به الشراح قاطبة هناك ومنهم هذا الشارح وطريقة ابي طاهر ثبوت الملك ابتداء للموكل لكن خلافة عن الوكيل على ما مر تفصيله فالوجه ان يحمل مراد المصنف ههنا ايضا على ذلك فان الملك وان ثبت للموكل ابتداء على طريقة ابي طاهر الا انه يثبت له خلافة عن الوكيل لا اصالة كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله ولا يخفى ان هذا القدر كاف في انعقاد المبادلة الحكمية بينهما وان لم يكن كافيا في المبادلة الحقيقية ولهذا اي ولانعقاد المبادلة الحكمية بينهما اذا اختلفا في الثمن يتحالفان والتحالف من خواص المبادلة ويرد الموكل بالعيب على الوكيل اي واذا وجد الموكل عيبا بالمشتري يرده على الوكيل وهذا ايضا من خصائص المبادلة لا يقال ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليها لانا نقول هذا دليل اني لا دليل لمي فلا ينافي الفرعية تامل وقد سلم المشتري للموكل اي والحال انه قد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه اي فيرجع الوكيل على الموكل بالثمن والحاصل انه لما كان الموكل كالمشتري من الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل رجع الوكيل بالثمن على الموكل قطعا ولان الحقوق دليل آخر لما كانت راجعة اليه اي لما كانت راجعة الى الوكيل وقد علمه الموكل اي علم رجوعها اليه فيكون اي الموكل راضيا بدفعه اي بدفع الثمن من ماله اي من مال الموكل وتحقيقه ان التبرع انما يتحقق اذا كان الدفع بغير امر الموكل والامر ثابت ههنا دلالة لان الموكل لما علم ان الحقوق ترجع الى الوكيل ومن جملتها دفع الثمن علم انه مطالب بدفع الثمن لقبض المبيع وكان راضيا بذلك امرا به دلالة فان هلك المبيع في يده اي في يد الوكيل قبل حبسه اي قبل حبس الوكيل المبيع هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن اي لم يسقط عن الموكل هذا لفظ القدوري يعني ان هلاك المبيع في يد الوكيل قبل حبسه اياه لا يسقط الرجوع على الموكل لان يده اي يد الوكيل كيد الموكل فاذا لم يحبسه اي الوكيل يصير الموكل قابضا بيده اي بيد الوكيل فالهلاك في يد الوكيل كالهلاك في يد الموكل فلا يسقط الرجوع وله اي للوكيل ان يحبسه اي ان يحبس المبيع عن الموكل حتى يستوفي الثمن سواء كان الوكيل دفع الثمن الى البائع او لم يدفع كذا في الشروح نقلا عن المبسوط قال في الذخيرة لم يذكر محمد رح في شيء من الكتب ان الوكيل اذا لم ينقد الثمن وسامحه البائع وسلم المبيع اليه هل له حق الحبس عن الموكل الى ان يستوفي الدراهم منه وحكى عن الشيخ الامام شمس الائمة الحلوائي ان له ذلك وانه صحيح لان حق الحبس للوكيل في موضع نقد الثمن لاجل بيع حكمي انعقد بين الوكيل والموكل وهذا المعنى لا يختلف بين النقد وعدمه انتهى وقال صاحب غاية البيان قلت هذا كلام عجيب من صاحب الذخيرة وكيف خفي عليه هذا وقد صرح محمد رح في الاصل في باب الوكالة في الشراء فقال واذا وكل الرجل رجلا ان يشتري له عبدا بالف درهم بعينه فاشتراه الوكيل وقبضه فطلب الامر اخذ العبد

لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكانه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا مما لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف رحمه الله وضمان البيع عند محمد رحمه الله وهو قول ابي حنيفة رحمه الله وضمان الغصب عند زفر رحمه الله لانه منع بغير حق لهما انه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ولابي يوسف رحمه الله انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن

من الوكيل و الى الوكيل ان يدفعه فللوكيل ان يمنعه ذلك حتى يستوفي الثمن في قول ابي حنيفة رحمه الله وان كان الوكيل نقد الثمن او لم ينقد فهو سواء الى هنا لفظ محمد رحمه الله في الاصل انتهى قال المصنف لما بينا انه اي الوكيل بمنزلة البائع من الموكل اشار به الى قوله لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية وللبائع حق حبس المبيع عن المشتري ليستوفي الثمن فكذا الوكيل وهذا الفصل بين ان يكون الوكيل دفع الثمن الى البائع اولا وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك اي ليس للوكيل حبس المبيع لاستيفاء الثمن لان الموكل صار قابضا بيده اي بيد الوكيل حتى ان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بدليل ان هلاكه في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل وكانه سلمه اليه اي وكان الوكيل سلم المبيع الى الموكل فيسقط حق الحبس تشريحه ان يد الوكيل يد الموكل حكما فلو وقع في يد الموكل حقيقة لم يكن للوكيل حق الحبس وكذا اذا وقع في يده حكما قلنا لنا طريقان في الجواب عنه مدار احدهما تسليم ان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل ومدار الآخر منع ذلك فاشار الى الاول بقوله وهذا اي القبض مما لا يمكن التحرز عنه يعني سلمنا ان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل لكن هذا القبض مما لا يمكن التحرز عنه لان الوكيل لا يتوسل الى الحبس الا بالقبض ولا يمكنه ان يقبض على وجه لا يصير الموكل به قابضا وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو فلا يسقط به حق الوكيل في الحبس لان سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه ولا يتحقق منه الرضى فيما لا طريق له الى التحرز عنه واذا كان كذلك فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس اشار الى الطريق الثاني بقوله على ان قبضه موقوف يعني على انا لا نسلم ان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بل قبض الوكيل في الابتداء موقوف اي متردد بين ان يكون لتتميم مقصود الموكل وان يكون لاحياء حق نفسه وانما يتبين احدهما عن الآخر بحبسه فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه يعني ان لم يحبسه عن الموكل عرفنا انه كان عاملا للموكل فيقع له وان حبسه عنه عرفنا انه كان عاملا لنفسه وان الموكل لم يصر قابضا بقبضه فان حبسه اي حبس الوكيل المبيع فهلك اي المبيع كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف رحمه الله يعني يعتبر الاقل من قيمته ومن الدين فاذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة وضمان المبيع عند محمد رحمه الله يعني يسقط به الثمن قليلا كان او كثيرا وهذا الذي ذكر لفظ القدوري في مختصره ولم يذكر فيه قول ابي حنيفة رحمه الله كما لم يذكر في المختلف والحصر وغيره ذلك لكن قال الشيخ ابو نصر البغدادي ذكر في الجامع قول ابي حنيفة رحمه الله مثل قول محمد رحمه الله فلذلك قال المصنف وهو اي قول محمد رحمه الله قول ابي حنيفة رحمه الله ولم يقل اشهر ان المبيع عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله ما هو اللائق بالعناية فيما اذا اتخذ قولهما وضمان الغصب عند زفر رحمه الله يعني يجب مثله وقيمته بالغة ما بلغت قال في العناية فلا يرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه اكثر ويرجع الموكل على الوكيل اذا كانت قيمته اكثر انتهى وهو المفهوم مما ذكر في اكثر الشروح وقال الشارح تاج الشريعة فيرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه اكثر ويرجع الموكل على الوكيل ان كانت قيمته اكثر انتهى وهو المفهوم مما ذكره صدر الشريعة في شرح الوقاية وهو الظاهر عندي على قول زفر رحمه الله تأمل تقف لانه اي الحبس منع بغير حق لما مر ان قبض الوكيل قبض الموكل وليس له حق الحبس فيه فصار غاصبا لهما اي لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انه اي الوكيل بمنزلة البائع منه اي من الموكل كما تقدم فكان حبسه لاستيفاء الثمن اذ للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن فيسقط اي الثمن بهلاكه اي بهلاك المبيع واعترض بانه لو كان كذلك لزم الضمان حبس او لم يحبس لان المبيع مضمون على البائع وان لم يحبس واجيب بانه اذا حبس تعين انه بالقبض كان عاملا لنفسه فتقوى جهة كونه بائعا فلزم الضمان واما اذا لم يحبس فقبضه كان لموكله فاشبه الرسول فهلك عنده امانة كذا في العناية اقول لقائل ان يقول كما انه يشبه الرسول يشبه البائع ايضا لانعقاد المبادلة الحكمية بينهما كما مر فان لم تجعل جهة مشابهته بالبائع ساقطة عن حيز الاعتبار فيما اذا لم يحبس المبيع لم يظهر وجه عدم الضمان في هذه الصورة كما لا يخفى واذا جعلت تلك الجهة ساقطة عن حيز الاعتبار في هذه الصورة فمع عدم ظهور علة الاسقاط فيها يلزم ان لا يتمشى فيها ما ذكر فيما سبق من تعليل مسئلة رجوع الوكيل بالشراء بالثمن على الموكل فيما اذا دفعه من ماله وقبض المبيع بانعقاد المبادلة الحكمية بينهما مع ان تلك المسئلة شاملة لصورتي الحبس وعدم الحبس وعلتها انعقاد المبادلة الحكمية بينهما فتامل ولابي يوسف رحمه الله انه اي المبيع مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن اي بعد ان لم يكن مضمونا لانه لم يكن مضمونا قبل الحبس كما تقدم وصار مضمونا بعد الحبس وكل ما هو كذلك

هو الرهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ اصل العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضي
الوكيل به قال واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف
درهم عند ابي حنيفة رح وقالا يلزمه العشرون بدرهم وذكر في بعض النسخ قول محمد رح مع قول ابي حنيفة رح ومحمد رح لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف
انه امره بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده
بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة انه امره بشراء عشرة ولم يامره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل

فهو بمعنى الرهن اشار اليه بقوله وهو الرهن بعينه يعني هو بمعنى الرهن وبهذا الاثبات مدعاه وقوله بخلاف المبيع لنفي قولهما يعني ان المشتري المحبوس ههنا ليس
كالمبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه اي بهلاك المبيع وههنا لا ينفسخ اصل العقد يعني الذي بين الوكيل وبائعه واجاب المص عنه بقوله قلنا ينفسخ اي العقد
في حق الموكل والوكيل وان لم ينفسخ في حق البائع والوكيل ومثله لا يمتنع كما اذا رده الموكل بعيب اي اذا وجد الموكل عيبا بالمشتري فرده الى الوكيل ورضي
الوكيل به فانه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل وان لم ينفسخ بينه وبين بائعه قال صاحب غاية البيان وهذا مغالطة على ابي يوسف رح لانه يفرق بين
هلاك المبيع قبل القبض في يد البائع وبين هلاكه في يد الوكيل بعد الحبس ففي الاول ينفسخ البيع وفي الثاني لا وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالرد بالعيب
لا يدل على انفساخه من الاصل اذا هلك في يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك وانه لكما ترى فاسد لانه
اذا فرض ان الوكيل بائع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد بائع ليس بوكيل فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق بل اذا تاملت وجدت ما ذكر عن
جانب ابي يوسف رح غلطا او مغالطة وذلك لان البائع من الوكيل بمنزلة بائع البائع واذا انفسخ العقد بين المشتري وبائعه لا يلزم منه الفسخ بين
البائع وبائعه وكان ذكره احدهما يعني غلطا او مغالطة قال اي القدوري في مختصره واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم
من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم اي اذا كانت عشرة الارطال من ذلك اللحم تساوي قيمته درهما وانما قيد به لانه اذا كانت عشرة الارطال منه
لا تساوي درهما نفذ البيع الكل على الكل بالاجماع كذا في الذخيرة وسيأتي في الكتاب لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة رح وقالا يلزمه
العشرون الى هنا لفظ القدوري قال المصنف ره وذكر في بعض النسخ اي في بعض نسخ مختصر القدوري قول محمد رح مع قول ابي حنيفة رح وقال المص
ومحمد ره لم يذكر الخلاف في الاصل اي المبسوط فانه قال في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء منه واذا وكله ان يشتري له عشرة ارطال بدرهم لزم
الآمر منها عشرة بنصف درهم والباقي للمامور لانه امره بشراء قدر مسمى فما زاد على ذلك القدر لم يتناوله امره وكان مشتريا لنفسه وفي القدر الذي تناوله
امره قد حصل مقصوده وزاده منفعة بالشراء باقل مما سمى له فكان مشتريا للآمر الى هنا لفظ الاصل ولم يذكر الخلاف كما ترى لابي يوسف رح انه امره اي
ان الموكل امر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا يعني ان الوكيل لم يخالف الموكل فيما
امره وانما جاء ظنه مخالفا للواقع فليس على الوكيل من ذلك شيء سيما اذا زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين حيث جاز ذلك فكذا هذا
ولابي حنيفة رحمه الله انه امره بشراء عشرة اي بشراء عشرة ارطال اللحم ولم يامره بشراء الزيادة وظن ان ذلك المقدار يساوي درهما وقد خالفه فيما امره به
فينفذ شراؤها اي شراء الزيادة عليه اي على الوكيل لكونه غير مامور به وشراء العشرة على الموكل اي وينفذ شراء العشرة على الموكل لانه اتيان بالمامور به فان
قيل ينبغي ان لا يلزم الآمر عنده عشرة بنصف درهم ايضا لان هذه العشرة تثبت ضمنا للعشرين لا قصدا وقد وكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز على قوله كما اذا قال
لرجل طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلثا لا يقع عنده الواحدة لثبوتها في ضمن الثلاثة والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه ايضا تبعا له قلنا
ذاك مسلم في الطلاق لان المتضمن لم يثبت هناك لا من الموكل لعدم التوكيل به ولا من الوكيل لان المرأة مرأة الموكل لا امرأة الوكيل واما ههنا
اذا لم يثبت الشراء من الموكل ثبت من الوكيل لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل كما في سائر الصور التي خالف الوكيل بالشراء فلما
ثبت المتضمن وهو العشرون ثبت ما في ضمنه وهو العشرة الا ان الوكيل خالف الموكل حيث اشترى العشرة بنصف درهم فهو مخالفة الى خير فينفذ على الموكل
ولان الثمن يتوزع على اجزاء المبيع فحينئذ كان الكل مقصودا فلا يتحقق الضمن في الشراء كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام المحقق مولانا حميد الدين

بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له بخلاف ما اذا اشترى ما يساوى عشرين رطلا بدرهم حيث يصير
مشتريا لنفسه بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر **قال** ولو وكله بشراء شئ بعينه فليس له ان يشتريه
لنفسه لانه يؤدي الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل

اقول الوجه الثاني من الجواب المذكور وهو قوله ولان الثمن يتوزع الخ واضح لاغبار عليه واما الوجه الاول منه ففيه مشكل لا يعقل اذ بعد الاعتراف بان الشراء في المتضمن وهو العشرون يثبت من الوكيل دون الموكل كيف يتم القول بان ما في ضمنه وهو العشرة يثبت من الموكل ولا شك ان حكم ما في ضمن الشئ يتبع حكم ذلك الشئ دائما فثبوت شراء العشرين من الوكيل نفسه يستلزم ثبوت شراء العشرة التي في ضمنه منه ايضا فلا وجه لنفاذ شراء العشرين على الوكيل ونفاذ شراء العشرة التي في ضمنه على الموكل كما لا يخفى فان قلت ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما ذكر في الذخيرة والتتمة محالا الى المنتقى وهو انه اذا امره ان يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوي عشرة قال ابو حنيفة رح لا يجوز البيع في واحد منهما وهناك ايضا حصل مقصود الآمر وزاده خيرا ومع ذلك لا ينفذ شراؤه على الآمر في شئ منهما فكيف نفذ ههنا شراء العشرة على الموكل قلت يحتمل ان الفرق انما نشأ من حيث ان اللحم من ذوات الامثال كما اختاره صاحب المحيط لانه من الموزونات والاصل في المكيلات والموزونات ان تكون من ذوات الامثال وهي لا تتفاوت في القيمة اذا كانت من جنس احد وصفة واحدة وكلامنا فيه لان الكلام فيما اذا كان اللحم مما يباع عشرة ارطال منه بدرهم فكان للوكيل ان يجعل للموكل اي عشرة شاء بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم والثوبان وان كانا متساويين في القيمة لكن ذلك انما يعرف بالحزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل فيثبت حقه مجهولا فلا ينفذ عليه والى هذا اشار في التتمة فقال لاني لا ادري ايهما اعطيه بحصته من العشرة لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن كذا في النهاية قال صاحب العناية بعد ان ذكر هذا الجواب ونسبه الى صاحب النهاية وهذا لا يمشي الا على طريقة من جعل اللحم مثليا واما عند غيره فلا بد من تعليل آخر ولعل ذلك ان يقال اللحم ايضا من ذوات القيم لكن التفاوت فيه قليل اذا كان من جنس احد مفروض التساوي في القدر والقيمة وقد اختلط بعضه ببعض بخلاف الثوب فان في تطرق الخلل في احتمال التساوي كثرة مادة وصورة وطولا وعرضا ورقعة واجله كونه حاصلا بصنع العباد محل السهو والنسيان فلا يلزم من تحمل ما هو اقل منه خللا تحملها انتهى كلامه بخلاف ما استشهد به جواب عن تشبيه ابي يوسف رح المتنازع فيه بما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين لان الزيادة هناك اي فيما استشهد به بدل ملك الموكل ولا يجوز ان يستحقه الوكيل لا باذن الموكل ولا بغير اذنه ولهذا لو قال بع ثوبي هذا على ان ثمنه لك لا يصح فتكون له اي فيكون الزيادة للموكل قال صاحب العناية ورد بان الدرهم ملك الموكل فيكون الزيادة ملكه فلا فرق بينهما حينئذ والجواب ان الزيادة ثمنه مبدل منه لا بدل وكان الفرق ظاهرا والحاصل ان ذلك قياس المبيع على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق فان قيل ذلك ان الالف الزائد لا يفسد بطول المكث بخلاف اللحم ويجوز صرفها الى حاجة اخرى فاجيزه وقد تعذر ذلك في اللحم فيتلف انتهى كلامه اقول في كل واحد من الرد والجواب شئ فتامل بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم متعلق باصل المسئلة حيث يصير اي يصير الوكيل في هذه الصورة مشتريا لنفسه بالاجماع لوجود المخالفة لان الامر يتناول السمين وهذا اي ما اشتراه مهزول فلم يحصل مقصود الآمر فلم يكن ذاك له قال اي القدوري في مختصره ولو وكله بشراء شئ بعينه فليس له اي للوكيل ان يشتريه لنفسه اي لا يجوز حتى لو اشتراه لنفسه يقع الشراء للموكل سواء نوى عند العقد الشراء لنفسه او صرح بالشراء لنفسه يقع الشراء لنفسه بان قال واشهدوا اني قد اشتريت لنفسي هذا اذا كان الموكل غائبا فان كان حاضرا وصرح الوكيل بالشراء لنفسه يصير مشتريا بالنفسه كذا في الشروح نقلا عن التتمة ووضع المسئلة في العبد في الذخيرة ثم قال وانما كان كذلك لان العبد اذا كان بعينه فشراؤه داخل تحت الوكالة من كل وجه فمتى اتى به على موافقة الآمر وقع الشراء للموكل نوى او لم ينو قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب لانه اي لان اشتراءه لنفسه يؤدي الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه وذلك لا يجوز ولان فيه اي في اشترائه لنفسه عزل نفسه عن الوكالة ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل لانه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود كذا في العناية وغاية البيان اقول يرد عليه ان العلم

فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه فاشترى الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه لانه خالف امر الآمر

بالعزل في باب الوكالة يحصل باسباب متعددة منها حضور صاحبه ومنها بعث الكتاب ووصوله اليه ومنها ارسال الرسول اليه وتبليغه الرسالة اياه ومنها
اخبار واحد عدل او اثنين غير عدلين بالاجماع واخبار واحد عدلا كان او غيره عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقد صرح بها في عامة المعتبرات سيما في
البدائع فاشتراط علم الآخر في صحة فسخ المتعاقدين العقد القائم بينهما لا يقتضي ان يملك الوكيل عزل نفسه الا بمحضر من الموكل لان انتفاء
سبب واحد لا يستلزم انتفاء سائر الاسباب فلا يتم التقريب اللهم الا ان يحمل وضع المسئلة على انتفاء سائر اسباب العلم بالعزل ايضا لكنه غير ظاهر من عبارات الكتب
اصلا ويحتمل ان يكون السر في اقحام المص قوله على قيل الايماء الى ذلك فتامل واعلم ان صاحب البدائع قال في بيان هذه المسئلة الوكيل بشراء شئ بعينه
لا يملك ان يشتريه لنفسه واذا اشترى يقع الشراء للموكل لانه شراه لنفسه عزل نفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك الا بمحضر من الموكل كما لا يملك الموكل عزله
الا بمحضر منه على ما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى ثم قال في موضعه وهو فصل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة ان الوكيل يخرج عن الوكالة باشياء منها
عزل الموكل اياه ونهيه لان الوكالة عقد غير لازم فكان محتملا للفسخ بالعزل والنهي ولصحة العزل شرطان احدهما علم الوكيل لان العزل فسخ فلا يلزم حكمه الا
بعد العلم بالفسخ فاذا عزله وهو حاضر انعزل وكذا لو كان غائبا فكتب اليه كتاب العزل فبلغه الكتاب وعلم ما فيه انعزل لان الكتاب من الغائب كالخطاب
وكذلك لو ارسل اليه رسولا فبلغ الرسالة وقال ان فلانا ارسلني اليك يقول اني قد عزلتك عن الوكالة فانه ينعزل كائنا من كان الرسول عدلا كان
او غير عدل حرا كان او عبدا صغيرا كان او كبيرا بعد ان بلغ الرسالة على الوجه الذي ذكرنا لان الرسول قائم مقام المرسل وسفير عنه فيصح سفارته بعد ان صحت
عبارته على اي صفة كان وان لم يكتب كتابا ولا ارسل اليه رسولا ولكن اخبره بالعزل رجلان عدلان كانا او غير عدلين او رجل واحد عدل ينعزل في
قولهم جميعا سواء صدقه الوكيل او لم يصدقه اذا ظهر صدق الخبر لان خبر الواحد العدل مقبول في المعاملات وان لم يكن عدلا فخبر العدد او العدل اولى
وان اخبره واحد غير عدل فان صدقه ينعزل بالاجماع وان كذبه لا ينعزل وان ظهر صدق الخبر في قول ابي حنيفة رح وعندهما ينعزل اذا ظهر صدق الخبر وان
كذبه الى هنا كلامه اقول لا يذهب عليك ان فيما بين كلاميه المذكورين في الموضعين تدافعا فان ما ذكره في فصل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة صريح في
صحة عزل الموكل الوكيل بشرط علم الوكيل سواء عزله بمحضر منه او عزله بغيبة منه ولكن علم العزل بسبب من اسباب شتى على ما فصله وما ذكره اولا من قوله
كما لا يملك الموكل عزله الا بمحضر منه يدل على حصر صحة عزل الموكل للوكيل في صورة ان عزله بمحضر منه كما ترى والعجب انه حال الاول على الثاني بقوله على ما ذكره
في موضعه قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين الوكيل بنكاح امرأة بعينها اذا نكحها من نفسه بمثل المهر المامور به فانه يقع على الوكيل لا على الموكل مع انه لم
يخالف في المهر المامور به واجيب بان النكاح الموكل به نكاح مضاف الى الموكل فان الوكيل بالنكاح لابد ان النكاح الى موكله بان يقول زوجتك لفلان
والموجود فيما اذا نكحها من نفسه ليس بمضاف الى الموكل فان النكاح من نفسه هو ان يقول تزوجتك فكانت المخالفة موجودة فوقع على الوكيل بخلاف
التوكيل بشراء شئ بعينه فان الموكل به هنا شراء مطلق بمثل الثمن المامور به لا شراء مضاف الى الموكل فاذا اتى بذلك يقع على الموكل فلو كان الثمن مسمى
يعني لو وكله بالشراء بثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه اي بخلاف جنس المسمى بان سمى دراهم مثلا فاشترى بدنانير او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود كالمكيل والموزون
او وكل اي الوكيل وكيلا بشرائه فاشترى الثاني اي فاشترى الوكيل الثاني وهو وكيل الوكيل وهو غائب اي والحال ان الوكيل الاول غائب يثبت الملك
للوكيل الاول في هذه الوجوه اي في هذه الوجوه الثلثة التي ذكرها المص تفريعا على مسئلة القدوري يعني انما لا يكون الشراء للوكيل فيما وكل بشراء شئ بعينه فاشتراه
لنفسه اذا لم يوجد احد هذه الوجوه الثلثة اما اذا وجد فيكون الشراء للوكيل الاول لانه اي الوكيل الاول خالف امر الآمر وهو الموكل اما اذا اشترى بخلاف جنس

نفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضره رايه فلم يكن مخالفا قال وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل قال رضي الله عنه هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق

ما سمى فظاهر واما اذا اشترى بغير النقود فلان المتعارف نقد البلد فالامر ينصرف اليه واما اذا وكل وكيلا بالشراء له فلانه مامور بان يحضره رايه ولم يتحقق حال غيبته فنفذ اى الشراء عليه اى على الوكيل الاول ولو اشترى الثاني اى الوكيل الثاني بحضرة الوكيل نفذ اى الشراء على الموكل الاول لانه حضره رايه اى راي الوكيل الاول فلم يكن مخالفا اى لم يكن الوكيل الاول مخالفا لامر آمره وذلك لانه اذا كان حاضرا يصير كانه هو المباشر للعقد الا يرى ان الاب اذا زوج ابنته البالغة بشهادة رجل واحد بحضرتها جاز فيجعل كانها هي التي باشرت العقد وكان الاب مع ذلك الرجل شاهدين كذا في المبسوط قيل ما الفرق بين الوكيل بالبيع والشراء والنكاح والخلع والكتابة اذا وكل غيره ففعل الثاني بحضرة الاول او فعل ذلك اجنبي فبلغ الوكيل فاجازه يجوز وبين الوكيل بالطلاق والعتاق فانه لو وكل غيره فطلق او اعتق الثاني لا يقع وان كان بحضرة الوكيل الاول والرواية في التتمة والذخيرة واجيب بان العمل بحقيقة الوكالة في التوكيل بالطلاق والعتاق متعذر لان التوكيل تفويض الراي الى الوكيل وتفويض الراي الى الوكيل انما يتحقق فيما يحتاج فيه الى الراي ولا حاجة فيهما اذ تفردا عن المال الى الراي فجعلنا الوكالة فيهما مجازا عن الرسالة لانها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل فصار المامور فيهما مامورا بنقل عبارة الآمر لا بشيء آخر وتوكيل الآخر والاجازة ليس من النقل في شيء فلم يملك الوكيل واما في البيع والشراء وغيرهما فالعمل بحقيقة الوكالة ممكن لانها مما يحتاج فيه الى الراي فاعتبر المامور وكيلا والمامور به حضور رايه وقد حضر بحضوره او باجازته قال اى القدوري في مختصره وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل الى هنا لفظ القدوري قال اى المص رضي الله عنه هذه المسئلة على وجوه ان اضاف اى الوكيل العقد الى دراهم الآمر كان للآمر هذا هو الوجه الاول من وجوه هذه المسئلة وقال المص وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله يعني ان المراد بقول القدوري او يشتريه بمال الموكل هو الاضافة عند العقد الى دراهم الموكل دون النقد من مال الموكل بغير اضافته اليه لان فيه اى لان في النقد من مال الموكل تفصيلا وخلافا فانه بعد ان يشتريه بدراهم مطلقة ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء للموكل وان نقد من دراهم الوكيل كان الشراء للوكيل وخلافا فانه اذا تصادقا على انه لم تحضره النية وقت الشراء فعلى قول محمد رح العقد للوكيل وعلى قول ابي يوسف رح يحكم النقد على ما يجيء وهذا بالاجماع اى لو اضاف العقد الى دراهم الآمر يقع له بالاجماع وهو مطلق اى قوله ويشتريه بمال الموكل مطلق لا تفصيل فيه فيحمل على الاضافة الى مال الموكل كذا قال جمهور الشراح في شرح هذا المقام اقول فيه نظر لانهم حملوا التفصيل المذكور في قول المص ه لان فيه تفصيلا على انه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان الشراء له وليس بصحيح لان ذلك التفصيل للنقد المطلق لا للنقد من مال الموكل كما لا يخفى وما يصلح لترجيح كون المراد بقول القدوري او يشتريه بمال الموكل الاضافة الى دراهم الموكل دون النقد من ماله انما هو وقوع التفصيل في النقد من مال الموكل لا وقوعه في النقد المطلق اذ لا مساس له بكلام القدوري فان المذكور فيه مال الموكل دون مطلق المال ثم ان صاحب العناية قد سلك المسلك المذكور في شرح هذا المقام وزاد اخلالا حيث قال بعد ان ذكر وجوه هذه المسئلة واذا علمت هذه الوجوه ظهر لك ان في النقد من مال الموكل تفصيلا اذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له وان نواه للموكل لا معتبر بالنقد انتهى فان قوله ولم ينو لنفسه قيد مفسد ههنا لانه اذا لم ينو لنفسه فان نوى للموكل لا يعتبر النقد اصلا كما صرح به فلا يصح التفصيل الذي ذكره بقوله ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له وان لم ينو للموكل ايضا كان صدق ذلك التفصيل على قول ابي يوسف رحمه الله فقط اذ على قول محمد رح يكون العقد حينئذ للوكيل كما سيجيء وكان ما ذكره منافيا لشرح قول المص ه وخلافا لا لشرح قوله تفصيلا على انه بعد ما صرح بان التفصيل انما هو في النقد من مال حيث قال ظهر لك ان في النقد من مال الموكل تفصيلا كيف تيسر له بيان ذلك التفصيل

وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا

فى النقد المطلق بان قال ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له والحاصل ان الوكالة فى تقرير صاحب العناية فحش اقول الحق فى هذا المقام ان المص ره اراد بالتفصيل فى قوله لان فيه تفصيلا وخلافا صورتى التكاذب والتوافق وبالخلاف الخلاف الواقع فى صورة التوافق فالمعنى ان فى النقد من مال الموكل تفصيلا فانه اذ انقد من ماله فاذا تكاذبا فى النية يحكم النقد بالاجماع وان توافقا على انه لم يحضره النية فعند محمد رح هو للعاقد وعند ابى يوسف رح يحكم العقد ايضا وخلافا فانهما اذا انقد من ماله وتوافقا على عدم النية لاحدهما فعند محمد رح هو للعاقد وعند ابى يوسف رح يحكم النقد بخلاف الاضافة الى دراهم الآمر فانه لا تفصيل ولا خلاف فيها فكان حمل كلام القدورى عليها اولى ثم اقول بقى لنا بحث فيما ذهب اليه المص ره ههنا وهو ان فيه اخلالا باصل المسئلة فان صورة ان اضاف العقد الى دراهم مطلقة وتكاذبا فى النية لايكون داخلة حينئذ فى شئ من قسمى الاستثناء المذكور فى كلام القدورى فيلزم ان يكون العقد فى تلك الصورة للوكيل البتة بموجب ما بقى فى الكلام بعد الاستثناء مع انه يحكم النقد فيها بالاجماع ففيما نقد من مال الموكل يصير العقد له قطعا وان صورة ان يضاف العقد الى دراهم مطلقة وتوافقا على انه لم يحضره النية لايكون داخلة ايضا فى شئ من قسمى الاستثناء المذكور فيلزم ان يكون العقد فيها ايضا للوكيل بموجب ما بقى بعد الاستثناء مع ان فيها خلافا كما سياتى فيلزم حمل كلام القدورى على ما فيه الخلاف ولم يقبله المص ره بالكلية فقد ابى المص ره فى حل كلام القدورى ههنا عن ورطة ووقع فى ورطة اخرى مثل الاولى بل اشد منها فما الفائدة فيه ولعل صاحب الكافى تفطن لذلك حيث زاد الاستثناء فى موضع المسئلة فقال ولو وكله لشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل او ينقد من ماله وقال فهذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد بقوله او يشتريه بمال الموكل الى آخره وان اضافه الى دراهم نفسه اى ان اضاف الوكيل العقد الى دراهم نفسه كان اى العقد لنفسه هذا هو الوجه الثانى من وجوه هذه المسئلة حملا لحاله اى حال الوكيل على ما يحل له شرعا تعليل لقوله ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر يعنى انه اذا اضاف العقد الى دراهم الآمر ينبغى ان يقع للآمر ولو كان واقعا للوكيل فلو وقع له كان غاصبا لدراهم الآمر وهو لايحل شرعا كذا قال صاحب النهاية وعليه عامة الشراح اقول فيه نظر لان الغصب انما يلزم لو نقد من دراهم الآمر واما اذا اضاف دراهم الامر ولكن لم ينقد من دراهمه بل نقد من دراهم نفسه فلا يلزم الغصب قطعا وجواب مسئلة الاضافة الى دراهم الآمر متحد فى الصورتين نص عليه فى الذخيرة ونقل عنها فى النهاية فلا يتم التقريب او يفعله عادة عطف على قوله يحل له شرعا وتعليل لقوله وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه يعنى ان العادة جرت بان الشراء اذا كان مضافا الى دراهم معينة يقع لصاحب الدراهم فلما اضاف العقد ههنا الى دراهم نفسه وقع لحملا لامره على وفق العادة كذا فى النهاية وعليه العامة قال تاج الشريعة بعد ان جرى فى شرح كلام المصنف ره ههنا على الطريقة المذكورة وهى توزيع التعليل المزبور على المسئلتين ويجوز ان يكون التعليلان للمسئلة الاولى والحكم فى المسئلة الثانية يثبت بطريق الدلالة لانه كما لايحل له ان يشترى لنفسه ويضيف العقد الى دراهم غيره شرعا فكذا لايحل له ان يشترى لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه واما العادة فجارية على انه لايشترى لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه كذا على العكس انتهى وقال صاحب النهاية بعد ان سلك الطريقة المذكورة ويجوز ان يكون قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة دليلا على الوجه الاول والثانى يعلم بالدلالة فانه كما لايحل له ان يشترى لنفسه ويضيف العقد الى دراهم غيره شرعا فكذا لايحل له ان يشترى لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه والعادة مشتركة لامحالة ثم قال والاول اولى لان بالاول يصير غاصبا دون الثانى فلا امتناع فيه شرعا انتهى اقول ان قول المص ره اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا ينادى باعلى الصوت على ان التعليل المزبور بتعلقه معا للوجه الاول كما لايخفى على ذى فطرة سليمة فالاولى ان يجعل مجموع قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة

وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل وان تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد رحمه الله هو للعاقد لان الاصل ان كل واحد يعمل لنفسه الا اذا اثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابي يوسف رحمه الله يحكم النقد فيه لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلنا حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه

دليلا على الوجه الاول ولا يخفى في العلم بالوجه الثاني بدلالة سنفه الثاني اعني قوله او يفعله عادة على ذلك والانصاف ان في تحرير المصنف رحمه الله ههنا تعقيدا واضطرابا كما ترى ولهذا تحير الشراح في حله الوافي وشرحه الكافي وان اضافه اي العقد الى دراهم مطلقة هذا هو الوجه الثالث من وجوه هذه المسئلة وفيه تفصيل اشار اليه بقوله فان نواها اي الدراهم المطلقة للآمر فهو اي العقد للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه اي فالعقد لنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل اي في التوكيل لشراء عبد بغير عينه وكانت نيته معتبرة اقول لقائل ان يقول اذا نواها لنفسه ولكن نقد من دراهم الآمر ينبغي ان يكون العقد للآمر لئلا يلزم المحذور الذي ذكروه فيما اذا اضاف العقد الى دراهم الآمر من كونه غاصبا لدراهم الآمر فان قلت الغصب من صورة الاضافة الى دراهم الآمر في ضمن نفس العقد فيبطل العقد مبطلا هذا ما في الصورة المذكورة ففي النقد من دراهم الآمر وهو خارج عن نفس العقد فلا يلزم من بطلانه بطلان العقد فافترقت الصورتان قلت الغصب ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة ولا شك ان هذا لا يتحقق في نفس الاضافة الى دراهم الآمر بل انما يتحقق في النقد من دراهمه فهو لم يوجد في ضمن نفس العقد في شيء من الصورتين المذكورتين بل انما وجد في النقد من دراهم الآمر وهو خارج عن نفس العقد في تينك الصورتين معا فلا يتم الفرق تدبر وان تكاذبا اي الوكيل والموكل في النية فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي يحكم النقد بالاجماع فمن اي مال من نقد الثمن كان المبيع له لانه اي النقد دلالة ظاهرة على ما ذكرناه من حمل حاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة وان توافقا على انه لم تحضره النية ففيه اختلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله قال محمد رحمه الله هو اي العقد للعاقد لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه يعني ان الاصل ان يعمل كل احد لنفسه الا اذا اثبت جعله اي جعل العمل لغيره بالاضافة الى ماله او بالنية له ولم يثبت اي والفرض انه لم يثبت وعند ابي يوسف رحمه الله يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا اي من غير تعيين نيته يحتمل الوجهين وهما ان يكون العقد للآمر وان يكون لنفسه فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه فتعين به احد المحتملين ولان مع تصادقهما على انه لم تحضره النية يحتمل النية للآمر بان نوى له ونسيه وفيما قلناه اي في تحكيم النقد حمل حاله اي حال الوكيل على الصلاح وهو ان لا يكون غاصبا على تقدير النقد من مال الآمر كما في حالة التكاذب بقي الكلام في هذه المسئلة وهو ان الاضافة الى اي نقد كانت ينبغي ان لا يتقيد شيئا لان النقود لا تتعين بالتعيين واجيب عن ذلك بان الامر بالشراء لا يتعلق الدراهم تتعين وانما نقول الوكالة تتقيد بها على ما سيجيء من ان النقود تتعين في الوكالات الا يرى انها لو هلكت قبل الشراء بها لبطلت الوكالة واذا تقيدت بها لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة كذا في العناية وعليه جمهور الشراح وما خذهم المبسوط اقول في الجواب بحث وهو ان النقود لا تتعين في الوكالات قبل التسليم بالاجماع وكذا بعده عند عامة المشائخ وانما تتعين بعده عند بعضهم على قول ابي حنيفة رحمه الله صرح به في عامة المعتبرات وسيظهر لك فيما سيجيء عن قريب وجواب مسئلة الاضافة الى دراهم الآمر والى دراهم نفسه غير متقيد بكون الاضافة بعد التسليم وغير مختص بقول ابي حنيفة رحمه الله بل هو مطلق وبالاجماع كما تقرر فيما مر فكيف يتم ان يجعل مداره ما هو القيد والمختلف فيه وكان الامام الزيلعي تنبه لهذا حيث قال في شرح الكنز في تعليل مسئلة الاضافة الى الثمن بعينه لان الثمن وان كان لا يتعين لكن فيه شبهة التعيين من حيث سلامة المبيع به وقد تعين قدره ووصفه ولهذا لا يطيب له الربح اذا اشترى بالدراهم المغصوبة انتهى لكنه لم يات ايضا بما يشفي العليل ههنا كما ترى ثم اقول الاولى في الجواب ان يقال ليس العلة في كون العقد عند اضافته الى دراهمه بعينه تعين النقود بالتعيين بل حمل حاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة كما مر مبينا ومشروحا فلا ضير لعدم تعين النقود بالتعيين في مسئلتنا هذه وقد اشار اليه صاحب الكافي حيث قال والدراهم وان لم تتعين ولكن الظاهر ان المسلم لا يقصد شراء شيء لنفسه الى دراهم الغير لانه مستنكر شرعا وعرفا انتهى قال المصنف رحمه الله والتوكيل في الاسلام بالطعام على هذه الوجوه المذكورة في التوكيل بالشراء وفاقا وخلافا وانما خصه

قال ومن امر رجلاً بشراء عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المامور لان في الوجه الاول اخبر عما لا يملك استينافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكره والقول للمنكر وفي الوجه الثاني هو امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله ولو كان العبد حياً حين اختلفا ان كان الثمن منقوداً فالقول للمامور لانه امين وان لم يكن منقوداً فكذلك عند ابي يوسف ومحمد رہ لانه يملك استيناف الشراء فلا يتهم في الاخبار عنه وعند ابي حنيفة رہ القول للآمر لانه

بالذكر مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء نفيا لقول بعض مشائخنا فانهم قالوا في مسئلة الشراء اذا تصادقا انه لم يحضره النية فالعقد للوكيل اجماعا ولا يحكم النقد وانما الخلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في مسئلة التوكيل بالاسلام ومنهم فرقوا بين مسئلة الشراء والسلم على قول ابي يوسف رحمه الله بان النقد اثرا في تقييد السلم فان المفارقة بلا نقد تبطل السلم فاذا جهل من له العقد يستبان بالنقد وليس الشراء كذلك فكان العقد للعاقد عملا بقضية الاصل كذا في الشروح وفرق ابو يوسف رح بين هذا وبين المامور بالحج عن الغير اذا اطلق النية عند الاحرام فانه يكون عاقدا لنفسه فان الحج عبادة والعبادات لا تتادى الا بالنية وكان مامورا بان ينوي الحج عن المحجوج عنه ولم يفعل فصار مخالفا بترك ما هو الشرط واما في المعاملات فالنية ليست بشرط فلا يصير بترك النية عن الآمر مخالفا فيبقي حكم عقده موقوفا على النقد كذا في باب الوكالة بالسلم من بيوع المبسوط قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال اي المامور قد فعلت ومات عندي وقال الامر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فان كان اي الآمر دفع اليه اي الى المامور الالف فالقول قول المامور لان في الوجه الاول وهو ما اذا لم يكن الثمن منقودا الى المامور اخبر اي المامور عما لا يملك استينافه اي استيناف سببه وهو الرجوع بالثمن على الامر فان سبب الرجوع على الآمر هو العقد وهو لا يقدر على استينافه لان العبد ميت اذ الكلام فيه والميت ليس بمحل العقد وكان قول الوكيل فعلت ومات عندي لارادة الرجوع على الآمر وهو اي الآمر ينكر ذلك والقول للمنكر فقول المص رہ لا يملك استينافه معناه لا يملك استيناف سببه على طريق المجاز بالحذف والضمير المرفوع في قوله وهو الرجوع بالثمن راجع الى ما في عما لا يملك استينافه وهذا هو الوجه الاحسن في حل عبارة المصنف رہ ههنا واليه ذهب صاحب العناية وقال انما قال وهو الرجوع ولم يقل وهو العقد لان مقصود الوكيل من ذكر العقد الرجوع بالثمن على الآمر لا العقد لاجل الآمر فترك الواسطة وهي العقد وصرح بالمقصود وهو الرجوع وكان ذكر المسبب وارادة للسبب وجاز ههنا لان الرجوع بالثمن على الآمر مختص بالشراء لاجل الآمر والى هذا التوجيه ذهب اكثر الشراح قال في الكفاية بعد ذكر هذا وفي بعض النسخ لا يملك استينافه وهو يهذا يريد الرجوع بالثمن على الآمر وهذا ظاهر انتهى وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان الثمن منقودا الى المامور وهو اي المامور امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله قال صدر الشريعة في شرح الوقاية علل في الهداية فيما اذا لم يدفع الآمر الثمن بان الوكيل اخبر بامر لا يملك استينافه وفيما اذا دفع بان الوكيل امين يريد الخروج عن عهدة الامانة اقول كل واحد من التعليلين شامل للصورتين فلم يتم به الفرق بل لابد من انضمام امر آخر وهو ان فيما اذا لم يدفع الثمن يدعي الثمن على الآمر وهو ينكره فالقول للمنكر وفيما اذا دفع الثمن يدعي الآمر الثمن على المامور فالقول للمنكر الى ههنا كلامه اقول ليس الامر كما زعمه بل كل واحد من التعليلين مخصوص بصورة اما الاول فلان قول المص رہ فيه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول للمنكر لا يشمل الصورة الثانية اذ الثمن فيها مقبوض الوكيل فلا يريد الرجوع به على الآمر قطعا وقد لبس ذلك على القائل في تحريره حيث ذكر اول التعليل الاول وترك آخره الفارق بين الصورتين ومن العجب انه ضم الى ما ذكره ما هو في معنى ما ترك واما الثاني فلان الثمن ليس بمقبوض الوكيل في الصورة الاولى فلا يصح ان يقال فيها انه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله كما لا يخفى ولو كان العبد حياً حين اختلفا فقال المامور اشتريته لك وقال الآمر بل اشتريته لنفسك ان كان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله كما مر وان لم يكن اي الثمن منقودا فكذلك اي فالقول للمامور ايضا عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه يملك استيناف الشراء للآمر اذ العبد حي والحي محل للشراء فيملك ان يشتريه في الحال لاجل الآمر فلا يتهم في الاخبار عنه اي عن الشراء لاجل الآمر فان قيل ان وقع الشراء اولا للوكيل كيف يقع بعد ذلك حتى يملك استينافه اجيب بان تملك استيناف الشراء ادا تحمه مع التعيين يكون ان يتفاسخ الوكيل بالشراء مع بائعه ثم يشتريه لاجل الموكل كذا في الشروح وعند ابي حنيفة رح القول قول الآمر لانه اي لان الاخبار عن الشراء لاجل الآمر

موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده ههنا وان كان امره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمامور سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استينافه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر بخلاف غير المعين على ما ذكرنا لابي حنيفة رح

موضع تهمة بان اشتراه لنفسه اي بان اشترى الوكيل العبد لنفسه فاذا راى اي الصفقة خاسرة الزمها الآمر اي اراد ان يلزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه اي الوكيل امين فيه اي في الثمن او في هذا الوجه فيقبل قوله تبعا لذلك اي للخروج عن عهدة الامانة وكم من شيء يثبت تبعا ولا يثبت قصدا ولا ثمن في يده ههنا اي لا ثمن في يد الوكيل فيما اذا كان العبد حيا والثمن غير منقود حتى يكون امينا فيقبل قوله تبعا للخروج عن عهدة الامانة فافترقا وان كان امره بشراء عبد بعينه يعني ان كان التوكيل بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي اي والحال ان العبد حي فالقول للمامور سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا بالاجماع اي هذا الوجه من وجوه هذه المسئلة بالاجماع بين ائمتنا الثلثة لانه اي المامور اخبر عما يملك استينافه في الحال ولا تهمة فيه اي في اخباره عن ذلك لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته اي في حال غيبة الموكل قيد به اذ في حال حضرة الموكل يملك شراءه لنفسه لانه يملك عزل نفسه حال حضرته على ما مر اشار به الى قوله ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل بخلاف غير المعين اي بخلاف ما اذا كان التوكيل بشراء عبد بغير عينه فاختلفا على ما ذكرناه لابي حنيفة رح يعني ما ذكره فيما مر آنفا من جانب ابي حنيفة رح وهو قوله لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الآمر اقول لقائل ان يقول التهمة متحققة في صورة المتعين ايضا بان اشتراه لنفسه لكن لا على وجه الموافقة للآمر بل على وجه المخالفة له كان اشتراه بخلاف جنس الثمن المسمى او بغير النقود او وكل وكيلا لشرائه فاشتراه الثاني لغيبة الاول ثم لما راى الصفقة خاسرة قال للآمر اشتريته لك بمثل الثمن المسمى والوكيل بشراء شيء بعينه انما لا يملك شراءه لنفسه على وجه الموافقة للآمر واما على وجه المخالفة له باحد الوجوه الثلثة المذكورة فيملك قطعا على ما مر في محله فما الدافع لهذه التهمة على قول ابي حنيفة رح ثم اقول في الجواب عنه ان احتمال ان اشتراه لنفسه شبهة وبعد ذلك احتمال ان اشتراه لنفسه على وجه المخالفة لا على وجه الموافقة شبهة وقد تقرر عندهم ان الشبهة تعتبر وشبهة الشبهة لا تعتبر والتهمة في صورة غير المعين لنفس الشبهة وفي صورة المعين لشبهة الشبهة فاعتبرت في الاولى ولم تعتبر في الثانية قال صاحب النهاية والكفاية فان قيل الولي اذا اقر بتزويج الصغيرة لا يقبل عند ابي حنيفة رحمه الله مع انه يملك استيناف النكاح في الحال قلنا قوله يملك استينافه وقع على قولهما وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول ابي حنيفة رح فكان في هذه المسئلة اتفاق الجواب مع اختلاف التخريج فلما لم يكن قوله يملك استينافه على قول ابي حنيفة رح لم يرد الاشكال على قوله او نقول لو كان في تزويج الصغيرة اخبار عند حضور شاهدين يقبل قوله عنده ايضا فكان ذلك انشاء النكاح ابتداء فلا يرد الاشكال لما انه انما لا يقبل هناك اقراره بتزويج الصغيرة عند عدم الشاهدين لانه لا يتصور انشاء شرعا لعدم الشهود فكان لا يملك استينافه فاطرد الجواب عنده في المسئلتين انتهى كلامهما وقال صاحب غاية البيان فان قلت الاصل في الدلائل الاطراد وهذا لا يطرد على اصل ابي حنيفة رح لان الاب اذا اقر على الصغير والصغيرة بالنكاح لم يصح الاقرار الا ببينة وكذا وكيل الزوج او الزوجة ومولى العبد اذا اقر بالنكاح لا يصح الا ببينة عند ابي حنيفة رح خلافا لصاحبيه مع ان المقر يملك استيناف العقد قلت لا نسلم انه يملك استيناف العقد مطلقا بل يملك مقيدا بحال حضرة الشهود ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت الاقرار فلم يكن الانشاء بلا شهود وهذا هو الجواب الثاني وقول بعض الشارحين ان قوله يملك استينافه وقع على قولهما وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول ابي حنيفة رح بعيد عن التحقيق لان المجموع دليل ابي حنيفة رح لا قوله ولا تهمة فيه وحده انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال وفي قوله لا نسلم انه يملك استيناف العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحث فان تملك الاستيناف دائر مع التصور كما ذكروا انتهى اقول هذا ساقط جدا لان مرادهم بالدوران مع التصور الامكان الشرعي وما لم يحضر الشهود ولم يكن انشاء النكاح شرعا وقد افصح عنه صاحبا النهاية والكفاية حيث قالا لانه لا يتصور انشاء شرعا لعدم الشهود وافصح عنه صاحب الغاية ايضا حيث قال ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت الاقرار فلم يكن الانشاء بلا شهود فكون تملك الاستيناف دائرا مع التصور لا يقدح اصلا

ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره ثم جاء فلان وقال انا امرته بذلك فان فلانا يأخذه لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قال فلان لم آمره لم يكن ذلك له لان الاقرار ارتد برده قال الا ان يسلمه المشتري له فيكون بيعا عنه وعليه العهدة لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير امره حتى لزمه ثم سلمه للمشتري له ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب

في قول صاحب الغاية لا نسلم انه يملك تبعات العقد مطلقا بل يملك بقيد الحال حضرة الشهود ثم اعلم ان هذه المسئلة على ثمانية اوجه كما صرح به في الكافي وغيره لانه اما ان يكون التوكيل بشراء عبد بعينه او بغير عينه وكل ذلك على وجهين اما ان يكون الثمن منقودا او غير منقود وكل ذلك على وجهين اما ان يكون العبد حيا حين اختلفا او هالكا وقد ذكر ستة اوجه منها في الكتاب مدللا ومفصلا كما عرفت فبقي منها وجهان وهما ان يكون التوكيل بشراء عبد بعينه ويكون العبد هالكا والثمن منقودا او غير منقود وقد ذكرهما مع دليلهما صاحب العناية حيث قال في تقسيم التوكيل بشراء عبد بعينه وان كان العبد هالكا والثمن منقود فالقول للمامور لانه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة وان كان غير منقود فالقول للآمر لانه اخبر عما لا يملك استئنافه ويريد بذلك الرجوع على الآمر وهو منكر فالقول له انتهى اقول في دليل الوجه الآخر منهما محل اشكال فان الآمر وان كان منكرا لاشتراء المامور للآمر لكنه معترف باشترائه لنفسه حيث قال للمامور بل اشتريته لنفسك وقد تقرر ان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن بل يقع الشراء للموكل البتة فينبغي ان لا يكون لانكار الآمر شراء المامور للآمر حكم في هذا الوجه ايضا فتأمل

ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان اي لاجل فلان فباعه ثم انكر اي المشتري ان يكون فلان امره ثم جاء فلان وقال انا امرته بذلك فان فلانا يأخذه يعني ان لفلان ولاية اخذه من المشتري وهذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير قال المصنف ره في تعليلها لان قوله السابق اي قول المشتري السابق وهو قوله لفلان اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق لان الاقرار بالشيء لا يبطل بالانكار اللاحق فان قيل قوله لفلان ليس بنص في الوكالة بل يحتمل ان يكون معناه لشفاعة فلان كما قال محمد رح في كتاب الشفعة لو ان اجنبيا طلب من الشفيع تسليم الشفعة فقال الشفيع سلمتها لك بطلت الشفعة استحسانا كانه قال سلمت هذه الشفعة لاجلك قلنا اللام للتمليك والاحتمال المذكور خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا قرينة وسؤال التسليم من الاجنبي قرينة في مسئلة الشفعة ولهذا لو قال الشفيع ذلك بغير سبق سؤال التسليم لا يصح التسليم وليست القرينة بموجودة فيما نحن فيه كذا في الفوائد الظهيرية وذكر في الشروح فان قال فلان لم آمره بذلك ثم بدا له ان يأخذه لم يكن له اي لم يكن له على العبد سبيل لان الاقرار اي اقرار المشتري ارتد برده اي برد فلان فاذا عاد الى تصديقه بعد ذلك لم ينفعه لانه عاد حين انتفى الاقرار فلم يصح تصديقه الا ان يسلمه المشتري له روي لفظ المشتري بروايتين بكسر الراء وفتحها فعلى الكسر يكون المشتري فاعلا وقوله له اي لاجله ويكون المفعول الثاني محذوفا وهو اليه فالمعنى الا ان يسلم الفضولي العبد الذي اشتراه لاجل فلان اليه وعلى الفتح يكون المشتري له مفعولا ثانيا بدون حرف الجر وهو فلان ويكون الفاعل مضمرا يعود الى المشتري فالمعنى الا ان يسلم الفضولي العبد الى المشترى له وهو فلان ثم ان هذه الاستثناء من قوله لم يكن له اي لم يكن لفلان الا في صورة التسليم اليه وانما ذكر صورة التسليم اليه لان فلانا لو قال اجزت بعد قوله لم امره به لم يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشتري لان الاجازة تلحق للموقوف دون الجائز وهذا عقد جائز نافذ على المشتري كذا ذكره شمس الائمة السرخسي في شرح الجامع الصغير فيكون بيعا اي فيكون تسليم العبد بيعا مبتدأ وعليه العهدة اي وعلى فلان عهدة الاخذ بتسليم الثمن كذا فسر شيخ الاسلام البزدوي وفخر الدين قاضيخان ويدل عليه قوله لانه صار مشتريا بالتعاطي كما لا يخفى كمن اشترى لغيره اي كالفضولي الذي اشترى لغيره بغير امره حتى لزمه اي لزم العبد المشتري ثم سلمه المشترى له حيث كان بيعا بالتعاطي قال فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير ثبت بهذا ان بيع التعاطي كما يكون بأخذ واعطاء فقد ينعقد بالتسليم على جهة البيع والتمليك وان كان اخذا بلا اعطاء لعادة الناس وثبت به ان النفيس من الاموال والخسيس في بيع التعاطي سواء واشار المصنف الى ما قاله هؤلاء الشراح بقوله ودلت المسئلة اي دلت هذه المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو اي البيع بالتعاطي يتحقق في النفيس والخسيس اي في نفيس الاموال وخسيسها لاستتمام التراضي اي لاستتمام التراضي في كل واحد منهما وهو المعتبر في الباب على الصحيح

قال ومن امر رجلا بان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له احدهما جاز لان التوكيل مطلق فيجري على اطلاقه وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع الا فيما لا يتغابن الناس فيه لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع ولو امره بان يشتريهما بالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة رح ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان شراء الاول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوقها وقال ابو يوسف ومحمد رح ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشترى بمثله الباقي جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ولكن لا بد ان يبقى من الالف باقية يشترى بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر ومن له على آخر الف درهم فامره بان يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكره ان شاء الله تعالى وان امره ان يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في

هو المعتبر في باب البيع لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض فلما وجد التراضي في النفيس والخسيس انعقد البيع بالتعاطي فيهما خلافا لما يقوله الكرخي ان البيع بالتعاطي لا ينعقد الا في الاشياء الخسيسة وقد مر ذلك في اول كتاب البيوع قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن امر رجلا ان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى احدهما جاز لان التوكيل مطلق يعني ان التوكيل مطلق عن قيد اشترائهما متفرقين او مجتمعين فيجري على اطلاقه وقد لا يتفق الجمع بينهما اي بين العبدين في البيع فوجب ان ينفذ على الموكل الا فيما لا يتغابن الناس فيه استثناء من قوله جاز اي جاز لشراء احدهما الا فيما لا يتغابن الناس فيه فانه لا يجوز فيه لانه اي لان التوكيل المذكور توكيل بالشراء وهو لا يتحمل الغبن الفاحش بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع فان ابا حنيفة رح يجوز البيع من الوكيل بالغبن الفاحش وهذا كله بالاجماع اي ما ذكر في هذه المسئلة كله بالاجماع وهو احتراز عما ذكرناه من التوكيل بالبيع وعن التوكيل بشراء العبدين باعيانهما وقد سمى له ثمنهما وهي المسئلة الثانية ولو امره ان يشتريهما بالف اي لو امر رجلا بان يشتري العبدين بالف وقيمتهما سواء اي والحال ان قيمتهما سواء فعند ابي حنيفة رح ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز اي جاز الشراء ويقع عن الموكل وان اشترى باكثر قلت الزيادة او كثرت لم يلزم الآمر بل يقع عن الوكيل لانه اي الآمر قابل الالف بهما اي بالعبدين وقيمتهما سواء فينقسم الالف بينهما نصفين دلالة اي من حيث الدلالة ويعمل بها عند عدم التصريح وكان آمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها اي بخمسمائة موافقة لامر الآمر وباقل منها اي في الشراء باقل من خمسمائة مخالفة الى خير فيجوز وبالزيادة الى شر اي الشراء بالزيادة مخالفة الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير احتمل ان المسئلة لا اختلاف فيها لان ابا حنيفة رح انما قال لم يجز شراؤه على الآمر اذا زاد زيادة لا يتغابن الناس في مثلها وابو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا فالذي يتغابن الناس في مثله انه لا يلزم الآمر فاذا حملت على هذا الوجه لا يكون في المسئلة اختلاف واحتمل ان المسئلة فيها اختلاف في قول ابي حنيفة رح اذا زاد على خمسمائة قليلا او كثيرا لا يجوز على الآمر وفي قولهما يجوز اذا كانت الزيادة قليلا انتهى كلامه وقال شيخ الاسلام ان بعض مشائخنا قالوا ليس في المسئلة اختلاف في الحقيقة فان قول ابي حنيفة رح محمول على ما اذا كانت الزيادة كثيرة بحيث لا يتغابن الناس في مثلها فاما اذا كانت قليلة بحيث يتغابن الناس في مثلها يجوز عندهم جميعا لانه لا تسمية في حق هذا الواحد فهو كالوكالة بشراء عبد له ولم يسم ثمنا فاشتراه باكثر من قيمته بما يتغابن الناس في مثله جاز كذا ههنا ثم قال والظاهر ان المسئلة على الاختلاف فانه اطلق الجواب على قول ابي حنيفة رح وفصله على قولهما انتهى والمصنف اختار مذهب شيخ الاسلام حيث قال وبالزيادة الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما فيجوز حينئذ ويلزم الآمر استحسانا قيد به لان جواب القياس ان لا يلزم الآمر لثبوت المخالفة وبه اخذ مالك والشافعي رح واحمد رحمه الله ووجه الاستحسان ما ذكره بقوله لان شراء الاول قائم يعني ان شراء العبد الاول قائم لم يتغير حاله بالخصومة وقد حصل غرضه المصرح به اي وقد حصل عند شراء الباقي غرض الامر الذي صرح به وهو تحصيل العبدين بالف وما ثبت الانقسام اي لم يثبت الا دلالة والصريح يفوقها اي يفوق الدلائل يعني ان الانقسام بالسوية انما كان ثابتا بطريق الدلالة واذا جاء الصريح وامكن العمل به بطلت الدلالة قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن فيه وقد بقي اي والحال انه قد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز ولزم الامر لان التوكيل مطلق اي غير مقيد بخمسمائة لكنه يتقيد بالمتعارف وهو اي المتعارف فيما قلنا اي فيما يتغابن الناس فيه ولكن لا بد ان يبقى من الالف باقية يشتري بمثلها الباقي من العبدين ليمكنه اي ليمكن المأمور تحصيل غرض الامر وهو تملك العبدين معا قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن له على آخر الف فامره اي الآخر ان يشتري بها اي بتلك الالف هذا العبد يعني العبد المعين فاشتراه جاز ولزم الامر قبضه او مات قبله عند المامور لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكره ان شاء الله تعالى يشير الى ما سنذكره بقوله بخلاف ما اذا عين البائع الخ ولو امره ان يشتري بها اي بالالف التي عليه عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده اي فمات العبد في يد المشتري

قبل ان يقبضه الآمر مات من مال المشتري وان قبضه الآمر فهو له وهذا عند ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه وقالا هو لازم للآمر اذا قبضه المامور وعلى هذا اذا امره ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه لهما ان الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات دينا كانت او عينا الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده ولابي حنيفة رضي الله تعالى عنه انها تتعين في الوكالات

قبل ان يقبضه الآمر مات من مال المشتري فالالف عليه وان قبضه الآمر فهو اي العبد له اي للآمر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو اي العبد لازم للآمر اذا قبضه المامور سواء قبضه الآمر او مات في يد المامور قال المص ره وعلى هذا اي على هذا التفصيل اذا امره اي اذا امر من عليه الدين ان يسلم ما عليه اي يعقد عقد السلم او يصرف ما عليه اي او يعقد عقد الصرف فان عين المسلم اليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق والا فعلى الاختلاف قال الشراح وانما خصهما بالذكر لدفع ما عسى ان يتوهم ان التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس اقول فيه نظر اذ قد سبق في اوائل هذا الفصل مسئلة جواز التوكيل بعقد الصرف والسلم مدللة ومفصلة مع التعرض باحوال القبض مستوفى فكيف يتوهم بعد ذلك عدم جواز التوكيل فيهما وهل يليق بشان المص ره دفع مثل ذلك التوهم والحق عندي ان تخصيصهما بالذكر انما هو لازالة ما يترد في الذهن من ان التفصيل المذكور هل هو جار بعينه في بابي السلم والصرف ايضا ام لا بناء على ان لهما شانا مخصوصا في بعض الاحكام فقوله هذا على نهج قوله فيما مر في آخر مسئلة التوكيل بشراء شئ بغير عينه والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه لهما اي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات دينا كانت او عينا يعني سواء كانت الدراهم والدنانير دينا ثابتا في الذمة او عينا غير ثابت في الذمة وتقرر ذلك بقوله الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد ويجب مثل الدين وكل ما لا يتعين بالتعيين كان الاطلاق والتقييد فيه سواء فصار الاطلاق بان قال بالف ولم يقل بصفة الى ما عليه والتقييد بان اضافه الى ما عليه فيه اي في العقد المزبور سواء فيصح التوكيل ويلزم الامر اي ويلزم العقد الآمر وصار كما لو قال تصدق بما لي عليك على المساكين فانه يجوز ولابي حنيفة رح انها اي الدراهم والدنانير تتعين في الوكالات قال صاحب النهاية لكن هذا على قول بعض المشائخ بعد التسليم الى الوكيل واما قبل التسليم اليه فلا تتعين في الوكالات ايضا بالاجماع لانه ذكر في الذخيرة وقال قال محمد رح في الزيادات رجل قال لغيره اشتر لي بهذه الالف الدرهم جارية واراه الدراهم فلم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم ثم اشترى الوكيل جارية بالف درهم لزم الوكيل ثم قال والاصل ان الدراهم والدنانير لا تتعينان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف لان الوكالات وسيلة الى الشراء فيعتبر بنفس الشراء والدراهم والدنانير لا تتعينان في الشراء قبل التسليم فكذا فيما هو وسيلة الى الشراء واما بعد التسليم الى الوكيل هل يتعين اختلف المشائخ فيه بعضهم قالوا يتعين حتى تبطل الوكالة بهلاكها لما ذكرنا ان الوكالة وسيلة الى الشراء والدراهم والدنانير تتعينان في الشراء بعد التسليم فكذا فيما هو وسيلة اليه ولان يد الوكيل يد امانة والدراهم والدنانير تتعينان في الامانات وعامتهم على انها لا تتعين وفائدة النقد والتسليم على قول عامة المشائخ شيئان احدهما توقت بقاء الوكيل ببقاء الدراهم المنقودة فان العرف الظاهر فيما بين الناس ان الموكل اذا دفع الدراهم الى الوكيل يريد شراءه حال قيام الدراهم في يد الوكيل والثاني قطع رجوع الوكيل عن الموكل فيما وجب للوكيل على الموكل وهذا لان شراء الوكيل يوجب دينين دينا للبائع على الوكيل ودينا للوكيل على الموكل الى ههنا لفظ الشهادة وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية بنوع اجمال ولقائل ان يقول فعلى هذا في كلام المص ره نظر لانه اثبت قول ابي حنيفة رح بقول بعض المشائخ الذين حدثوا بعد ابي حنيفة رح بما ليس سنته والجواب ان المص ره لم يتعرض بان ذلك قول بعض المشائخ فلعل اعتماده ذلك كان على ما نقل عن محمد رح في الزيادات من التقييد بعدم التسليم انتهى اقول ليس بشئ السؤال ولا الجواب اما الاول فلان لبعض المشائخ الذين حدثوا بعد ابي حنيفة رح لم يقولوا ما ذهبوا اليه من تعين النقود في الوكالات بعد التسليم الى الوكيل باجتهادهم من عند انفسهم بل بتخريجهم اياه من اصل ابي حنيفة رح كما هو حال اصحاب التخريج في كثير من المسائل فكان ما ذكره المص ره ههنا من قبيل اثبات قولنا اثبات قول ابي حنيفة رح باصله على تخريج بعض المشائخ وامثال هذا اكثر من ان يحصى واما الثاني فلان حاصله ان المص ره اخذ ما ذكره ههنا من مفهوم قول محمد رح في الزيادات فلم يسلمها الى الوكيل فيرد عليه ان محمدا رح لم يذكر الخلاف هناك فان لم يكن ما ذكره على قول نفسه فقط فلا اقل من ان يكون ذلك مما قال به

الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين بطلت الوكالة فاذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشتري

ايضا فلو عمل بمفهوم القيد المذكور لزم ان يكون المشتري للوكيل عند محمد رح فيما اذا اسلم الموكل الدراهم الى الوكيل وقال له اشتر بها عينا فاشتراه وقبضه فهلك في يده قبل ان يقبضه الآمر مع ان قول محمد رح فيه قول ابي يوسف رح بخلافه كما صرح به قاطبة وذكر في مسئلة الكتاب واورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال فيه نظر اذ لا يفصل ما في الكتاب بين ما قبل القبض وما بعده كما مر انتهى اقول هو مدفوع بحمل اطلاق ما في الكتاب على ما هو المقيد في كلام الثقات اذ قد تقرر في الاصول ان المطلق والمقيد اذا وردا واتحد الحكم والحادثة يحمل المطلق على المقيد وههنا كذلك فتدبر الا ترى تنوير لتعين الدراهم والدنانير في الوكالات انه اي الآمر لو قيد الوكالة بالعين منها اي من الدراهم والدنانير او بالدين منها ثم استهلك اي الآمر والوكيل العين كذا في معراج الدراية ويجوز ان يكون استهلك على بناء المفعول او اسقط اي الموكل الدين بان ابرأه عن الدين بعد التوكيل كذا في معراج الدراية ايضا ويجوز فيه ايضا بناء المفعول بطلت الوكالة جواب لو قيد الوكالة ونقل الناطقي في الاجناس عن الاصل ان الوكيل بالشراء اذا قبض الدنانير من الموكل وقد امره ان يشتري بها طعاما فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن الدنانير الموكل ثم قال هذه المسئلة تدل على ان الدراهم والدنانير يتعينان في الوكالة قال صاحب النهاية انما قيد يعني المصنف بالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك والدليل على هذا ما ذكره الامام قاضيخان في السلم من بيوع فتاواه فقال رجل دفع الى رجل عشرة دراهم ليشتري بها ثوبا قد سماه فانفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل واشترى ثوبا للآمر بدراهم نفسه فان الثوب للمشتري لا للآمر لان الوكالة تقيدت بتلك الدراهم فبطلت الوكالة بهلاكها ولو اشترى ثوبا للآمر ونقد الثمن من مال نفسه وامسك دراهم كان الثوب للآمر ويطيب له دراهم الموكل استحسانا كالوارث او الوصي اذا قضى دين الميت بمال نفسه انتهى كلامه اقول دلالة ما نقله عن الامام قاضيخان على ان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك ممنوعة غاية الامر انه صور المسئلة فيما انفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل ولا يلزم منه ان لا يكون الحكم كذلك فيما اذا هلكت دراهم الموكل بغير صنع الوكيل الا يرى انه قال فبطلت الوكالة بهلاكها ولم يقل باستهلاكها ولو كان مراده الفرق بين الاستهلاك والهلاك لما قال كذلك وقال صاحب غاية البيان قال بعض الشارحين انما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك وهذا الذي ذكره مخالف لما ذكروا في شروح الجامع الصغير في هذه الموضع حيث قالوا لو هلك الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة فاقول كان المص قيد بالاستهلاك حتى لا يتوهم متوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم كما في هلاك المبيع قبل التسليم الى هنا كلامه وقال صاحب العناية ثم قال صاحب النهاية انما قيد بالاستهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص به ونقل من كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسئلة تدل على ذلك ورد بانه مخالف لما ذكره في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة بل انما قيد المص بذلك لئلا يتوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم فيقوم مثلها فيصير كان عينها باقية فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما في بطلان الوكالة بهما انتهى اقول حاصل ما ذكره ما قاله صاحب الغاية خلا قوله ونقل من كل من الذخيرة وفتاوى قاضيخان مسئلة تدل على ذلك وانه ليس بسديد اذ لم نجد في نسخ النهاية ههنا مسئلة منقولة عن الذخيرة تدل على ذلك بل المذكور فيها ههنا انما هي مسئلة فتاوى قاضيخان كما نقلناه فيما قبل واذا تعينت اي الدراهم والدنانير وهذا من تتمة الدليل وتقريره ان الدراهم والدنانير تتعين في الوكالات واذا تعينت كان هذا اي التوكيل المذكور تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله اي ذلك الغير بقبضه اي بقبض الدين وذلك اي تمليك الدين على الوجه المزبور لا يجوز لعدم القدرة على التسليم كما اذا اشترى بدين على غير المشتري بان كان لزيد على عمرو مثلا دين فاشترى زيد من آخر شيئا بذلك الدين له على عمرو فانه لا يجوز وكان تقديره

او يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه جعل المال لله تعالى وهو معلوم واذا لم يصح

كما اذا اشترى المشتري شيئا بدين على غير نفسه كذا في النهاية وعليه اكثر الشراح وقال تاج الشريعة في شرح هذا المقام اي كما اذا اشترى هذا المامور بدين هو حق الآمر على غير هذا المامور انتهى ووافقه صاحب الغاية حيث قال يعني كما اذا اشترى الوكيل بدين على غيره كما اذا امره زيد مثلا اي يشتري بدين لزيد على عمرو شيئا من آخر فانه لا يجوز لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين فكذا فيما نحن فيه انتهى وبين المعنيين تغاير لا يخفى او يكون امرا بصرفه اي بدفع ما لا يملكه الا بالقبض قبله اي قبل القبض متعلق بصرف وهذه الجملة عطف على قوله كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين والمعنى او يكون التوكيل المذكور امرا من رب الدين للمديون يدفع ما لا يملكه رب الدين الا بالقبض قبل القبض وذلك لان الديون تقضى بامثالها فكان ما ادى المديون الى البائع والى رب الدين ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل القبض وذلك باطل اي امر الانسان بدفع ما لا يملكه باطل كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت فانه باطل لانه امر بصرف ما لا يملكه الآمر الا بالقبض الى من يختاره المديون بنفسه بخلاف ما اذا عين البائع يعني بخلاف ما اذا كان الموكل عين البائع فان التوكيل صحيح هناك لانه اي البائع يصير اولا وكيلا عنه اي عن الموكل في القبض تصحيحا للتصرف بقدر الامكان ثم يتملكه اي ثم يتملكه البائع فيصير قابضا لرب الدين اولا ثم يصير قابضا لنفسه كما لو وهب دينه على غيره ووكل الموهوب له بقبضه وكذا اذا عين المبيع لان في تعيين المبيع تعيين البائع كما مر في صدر المسألة فصار كما لو عين البائع ومتى ابهم المبيع او البائع يكون البائع مجهولا والمجهول لا يصلح وكيلا قيل يشكل بما لو آجر حماما باجرة معلومة وامر المستاجر بالمرمة من الاجرة فانه يجوز وان كان هذا امرا بتمليك الدين من غير من عليه الدين وهو الاجير من غير ان يوكله بقبضه لان الاجير مجهول وتوكيل المجهول لا يصح واجيب بان ذاك قولهما ولئن كان قول الكل فانما جاز باعتبار الضرورة فان المستاجر لا يجد الآجر في كل وقت فجعلنا الحمام قائما مقام الآجر في القبض كذا في الكفاية وغيرها واعترض بانه لو اشترى شيئا بدين على آخر ينبغي ان يجوز بجعل البائع وكيلا بالقبض اولا لكونه معينا واجيب بان عدم الجواز ههنا لكونه بيعا بالشرط وهو اداء الثمن على الغير كذا في الغاية وبعض الشروح اقول في هذا الجواب بحث اما اولا فلان البائع لو جعل ههنا وكيلا بالقبض لم يكن العقد بيعا بالشرط اداء الثمن على الغير بل يكون اداء الثمن على المشتري بيد وكيله كما فيما اذا كان الموكل عين البائع واما ثانيا فلان النقود لما لم تتعين في المعاوضات لم يلزم الاشتراط المذكور ههنا اصلا واما ثالثا فلانه لو كان عدم الجواز ههنا لكونه بيعا بالشرط لا لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بقبضه لما كان لقول المص فيما مر آنفا كما اذا اشترى بدين على غير المشتري ارتباط بما قبله ولما كان لقول صاحب الغاية في شرح ذلك فانه لا يجوز لذلك معنى فان امكن تخليص كلام المص بحمل مراده بقوله كما اذا اشترى بدين على غير المشتري على المعنى الذي ذهب اليه بعض الشراح دون المعنى الذي ذهب اليه اكثرهم كما عرفته فيما قبل لا يمكن تخليص كلام صاحب الغاية فانه ذهب الى ما ذهب اليه الاكثر فتامل واجيب عن الاعتراض المذكور في بعض الشروح بوجه آخر ايضا وهو ان البائع لو صار وكيلا فانما يصير وكيلا في ضمن المبايعة ولا بد من ان يثبت المتضمن ثم يثبت المتضمن والمبايعة لم تثبت لما فيه من تمليك الدين من غير من عليه الدين فلا يثبت المتضمن بخلاف ما نحن فيه لان التوكيل بالقبض يثبت فيه بامر الآمر وانه يسبق الشراء وبخلاف ما اذا وهب الدين من غير من عليه الدين حيث تصح الهبة ويثبت الامر من الواهب للموهوب له بالقبض في ضمن الهبة لان الملك يتوقف الى زمان القبض فيكون التوكيل بالقبض سابقا على التمليك معنى وبخلاف ما اذا امره بالتصدق جواب عن قياسهما على الآمر بالتصدق ولم يذكر في الكتاب وقد ذكرناه في سياق دليلهما لانه اي الامر بالتصدق جعل المال لله تعالى ونصب الفقير وكيلا عن الله عز وجل في قبض حقه كذا في الكافي وغيره وهو معلوم اي الله تبارك وتعالى معلوم وكان تعيين البائع في المسئلة الاولى واما مسئلة التصادق في الشراء بان لا دين له عليه فلان الدراهم والدنانير لا تتعينان في الشراء عينا او دينا ولكن تتعينان في الوكالات فلما لم تتعينا في الشراء لم يبطل الشراء ببطلان الدين كذا ذكره الامام المرغيناني والمحبوبي وقاضيخان والاصح

التوكيل فنفذ الشراء على المامور فيملكه ثم يتملكه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطيا قال ومن دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المامور اشتريتها بالف فالقول قول المامور ومراده اذا كانت تساوي الفا لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو منكر فان كانت تساوي خمسمائة فالقول قول الآمر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر تناول ما يساوي الفا فيضمن قال وان لم يكن دفع اليه الالف فالقول قول الآمر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وان كانت قيمتها الفا فمعناه انهما يتحالفان لان الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فيلزم الجارية المامور قال ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المامور بالف

التوكيل رجوع الى اول البحث يعني لما ثبت بالدليل ان التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بالثمن غير صحيح نفذ الشراء على المامور فيملكه من ماله يعني انما يملك ما يملكه بمال المامور الا اذا قبضه الامر منه فانه اذا ملك حينئذ يملك من مال الآمر لانعقاد البيع بينهما تعاطيا وكان ما كان في ملك الآمر قال الامام الزيلعي في التبيين ذكر في النهاية ان النقود لا تتعين في الوكالة قبل القبض بالاجماع وكذا بعده عند عامتهم لان الوكالة وسيلة الى الشراء فيعتبر بالشراء وعزاه الى الزيادات والذخيرة فعلى هذا لا يلزمهما قاله ابو حنيفة رح والتعليل الصحيح له ان يقال ان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فكذا التوكيل به وانما جاز في المعين لكونه امره بالقبض ثم بالتمليك لا توكيلا للمدين بالتمليك وان لم يكن معينا لا يصح الامر للمجهول وكان توكيلا للمدين بالتمليك في الاسلام والشراء والصرف ولا يجوز الى هنا كلامه اقول فيه نظر اذ لا يلزمهما التعليل الذي ذكره ايضا اذ يجوز ان يقال من قبلهما ان عدم جواز تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يقتضي عدم صحة التوكيل فيما نحن فيه فانه لما لم تتعين النقود في الوكالات ايضا لم يكن لتعيين الآمر الالف التي على المامور تاثير فيما امر به من اشتراء عبد له بل يصح اشتراء المامور عبدا له بالف التي كانت في ذمته او كان تمليك الالف في التوكيل بشراء عبد له وعدم ذكرها فيه سواء فيصح التوكيل وقد اشار اليه المصنف في اثناء دليلهما حيث قال وكان الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل فالاولى في تمام التعليل من قبل ابي حنيفة رحمه الله من المصير الى تعيين النقود في الوكالات وان كان على قول بعض المشائخ كما فعله المصنف ره فليتدبر في تاويله وتحقيقه قال محمد رح في الجامع الصغير ومن دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمس مائة وقال المامور اشتريتها بالف فالقول قول المامور الى هنا لفظ الجامع الصغير قال المص ره ومراده اي مراد محمد رح اذا كانت اي الجارية تساوي الفا يعني ان الحكم المذكور وهو كون القول قول المامور فيما اذا كانت قيمة الجارية الفا لانه اي المامور امين فيه اي في المخصوص المزبور وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والامر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو اي المامور منكر والقول قول المنكر فان كانت اي الجارية تساوي خمس مائة فالقول للامر لانه اي الوكيل خالف اي خالف الامر لانه حيث اشترى جارية تساوي خمس مائة والامر تناول ما يساوي الفا والبيع فيه غبن فاحش فيضمن اي المامور لانه لا يملك ان يخالف الامر لانه لا يشتري بغبن فاحش قال اي محمد رح في الجامع الصغير وان لم يكن دفع اليه الالف واختلفا فالقول قول الامر اما اذا كانت قيمتها اي قيمة الجارية خمس مائة فللمخالفة ولتحقق الغبن الفاحش كما مر آنفا وان كانت قيمتها الفا فمعناه اي فمعنى قول محمد رح فالقول قول الآمر انهما يتحالفان ويندفع بما قيل في شرح الجامع الصغير ان الجارية اذا كانت تساوي الفا وجب ان تلزم الامر سواء قال المامور اشتريتها بالف او باقل منها لانه اذا اشتراها بالف كان موافقا للآمر وان اشتراها باقل منها كان مخالفا الى خير وكل ذلك ملزم للآمر كذا في العناية وغيرها اقول بقي ههنا شيء وهو ان المذكور في قول محمد رح فالقول قول الآمر والتحالف مخالف فكيف يكون هذا معنى ذاك والجواب الذي اشار اليه المص ره في المسئلة الآتية بقوله وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع لا يمشي ههنا كما لا يخفى على المتامل قال المص ره لان الموكل والوكيل في هذا اي في هذا الفصل ينزلان منزلة البائع والمشتري للمبادلة الحكمية بينهما وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ يعني فاذا تحالفا يفسخ العقد الذي جرى بينهما اي بين الموكل والوكيل وهو العقد الحكمي فتلزم الجارية المامور قيل ههنا مطالبة وهي ان الوكيل اذا قبض الثمن ثم وقع الاختلاف اعتبر فيه المخالفة والامانة واذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة فما الحكم في ذلك واجيب بان في الاول سبقت الامانة المبادلة والسبق من اسباب الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثاني قال اي محمد رح في الجامع الصغير ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه ووقع الاختلاف في الثمن فقال الآمر اشتريته بخمس مائة وقال المامور اشتريت بالف

يصدقه فيه فالقول قول المامور مع يمينه قيل لا تحالف ههنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر وفي المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف

وقيل يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما بيع

فلا يصدق عليه فبقي الخلاف وهذا قول الامام ابي منصور وهو اظهر والله اعلم بالصواب **فصل في التوكيل بشراء نفس العبد**

وصدق البائع اي بائع العبد المامور فالقول قول المامور مع يمينه الى هنا لفظ الجامع الصغير قال المص لا تحالف ههنا وهو قول الفقيه ابي جعفر الهندواني لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو اي البائع حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد ولو انشأ العقد لزم الامر فكذا ههنا وفي المسئلة الاولى هو اي البائع غائب فاعتبر الاختلاف لعدم ما يرفعه فوجب التحالف وقيل يتحالفان في هذه المسئلة ايضا وهو قول الشيخ ابي منصور الماتريدي كما ذكرناه اي في المسئلة الاولى من انهما نزلا منزلة البائع والمشتري ووقع الاختلاف في الثمن وهو موجب التحالف ولما استشعر ان يقال كيف قيل انهما يتحالفان وقد نص محمد رح في الجامع الصغير ان القول قول المامور مع يمينه والتحالف مخالفه اجاب بقوله وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع يعني ان محمدا رح اكتفى بذكر معظم اليمين من يميني التحالف وهو يمين البائع اي المامور لانه بمنزلة البائع في العقد الذي جرى بينه وبين الآمر حكما وانما قال ان يمين البائع الذي هو المامور معظم يمين التحالف لانه مدع ههنا ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف واما المشتري وهو الآمر فمنكر وعلى المنكر اليمين في كل حال فلما كان يمين المامور هو المختص بالتحالف كان اعظم اليمينين ثم اذا وجب اليمين على المامور وهو المدعي فلان تجب على الآمر وهو المنكر اولى كذا في الشروح قال الامام الزيلعي في التبيين بعد ما بين المقام على هذا النمط هكذا ذكر المشائخ الا ان فيه اشكالا لانه وان كان يدل على ما ذكروا من حيث المعنى لكن لفظه لا يدل على ذلك فان قوله ان القول قول المامور مع يمينه يدل على ان المامور تصدق فيما قاله وفي التحالف لا يصدق واحد منهما فلو كان مراده التحالف لما كان يقول ذلك انتهى كلامه فتامل والبائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما هذا جواب عن تعليل القول الاول بقوله لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر يعني ان بائع العبد بعد استيفاء الثمن اجنبي عن الموكل والوكيل معا وقبله اي قبل استيفاء الثمن اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما اي بين البائع والموكل بيع فلم يكن كلامه معتبرا فلا يصدق عليه اي على الموكل فبقي الخلاف بين الآمر والمامور فلزم الخلاف قال المص وهذا اي القول بالتحالف قول الامام ابي منصور رح وهو اظهر وقال صاحب الكافي وهو الصحيح ولكن جعل الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير قول الفقيه ابي جعفر اصح قال الامام المحبوبي في شرح الجامع الصغير بعد هذا اذا تصادقا في الثمن عند التوكيل وان اختلفا فقال الوكيل اشتريت بالشراء بالف وقال الوكيل لا بل بخمسمائة فالقول قول الآمر مع يمينه ويلزم العبد الوكيل لان الآمر يستفاد من جهته وكان القول قوله فلو اقاما البينة فبينة الوكيل اولى لما فيها من زيادة الاثبات كذا في النهاية ومعراج الدراية اقول يرد على ظاهره ان وضع هذه المسئلة فيما اذا لم يسم عند التوكيل الثمن للعبد فكيف يصح ان يقول الامام المحبوبي بعد ذلك هذا اذا تصادقا على الثمن ويمكن الجواب بان التصادق في الثمن خلاف التخالف فيه فيتصور بان يتصادقا على تسمية الثمن المعين وبان يتصادقا على عدم تسمية الثمن اصلا وبالجملة يجوز ان يكون التصادق على الثمن من حيث تسمية الثمن ومن حيث عدم تسميته والثاني وهو المراد في قول الامام المحبوبي

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد لما كان شراء العبد نفسه من مولاه اعتاقا على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب ان يذكر في فصل على حدة كذا في العناية وكثير من الشروح واستشكله بعض الفضلاء بان الكلام لا يتناول الا المسئلة الاولى ان اريد الشراء وكالة والا فالثانية ايضا فيحتاج الى ان يكون تقدير الكلام في قوله لم يكن التوكيل به من مسائل الخ انتهى اقول ليس هذا بشيء اذ المراد بالشراء ما هو عام للشراء وكالة وللشراء اصالة فتناول الكلام المسئلتين معا واما الاحتياج الى ان يكون تقدير الكلام لم يكن التوكيل به من مسائل فصل التوكيل بالشراء فامر ضروري على كل حال لان المقصود ان لا يكون التوكيل به من مسائل فصل التوكيل بالشراء الا ان يكون نفس شراء العبد نفسه من مسائل ذلك اذ نفس الشراء مطلقا ليس من مسائل التوكيل بالشراء قطعا ثم اقول في استشكال ما في الشروح التوجيه الذي ذكروه لا يتناول المسئلة الثانية بل انما يمشي في المسئلة الاولى لان شراء العبد نفسه من مولاه انما هو

قال واذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من مولاي بالف ودفعها اليه فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمامور سفير عنه اذ لا يرجع عليه الحقوق فصار كانه اشترى بنفسه واذا كان اعتاقا استعقب الولاء وان لم يبين للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن العمل بها اذا لم يبين فيحافظ عليها بخلاف شرى العبد نفسه لان المجاز فيه متعين

اعتاقا على مال ان لو كانت شراؤه نفسه من مولاه لنفسه واما اذا كان لغيره فلا والتوكيل في المسئلة الثانية انما هو شراء العبد نفسه من مولاه للموكل فان وافق العبد امر الآمر فشراؤه ليس باعتاق على مال لا صورة ولا معنى بل هو شراء محض وان خالف امره فكون شرائه اعتاقا على مال لا ينافي كون التوكيل في تلك المسئلة من مسائل فصل التوكيل بالشراء اذ المسئلة لا تتغير عن وضعها بمخالفة المامور لامر الآمر كما في كثير من مسائل هذا الفصل وغيره واما التوكيل في المسئلة الاولى فانما هو بشراء رجل نفس العبد الموكل من مولاه لذلك العبد فاذا وافق وكيله امره فاشترى نفسه من مولاه له يصير ذلك الشراء اعتاقا على مال معنى وان كان شراء صورة فيجري التوجيه المذكور في هذه المسئلة دون الاخرى فكان قاصرا قال في النهاية ومعراج الدراية ثم ان الالف واللام في قول المصنف ره في التوكيل بشراء نفس العبد بدل الاضافة وتلك الاضافة اضافة المصدر الى الفاعل والفاعل هو العبد بالنظر الى المسئلة الاولى اى توكيل العبد الاجنبي لشراء نفسه والاجنبي بالنظر الى المسئلة الثانية اى توكيل الاجنبي العبد لشراء نفسه انتهى وقال في العناية والتوكيل لشراء نفس العبد من مولاه على وجهين ان يوكل العبد رجلا ليشتريه من مولاه وهو المسئلة الاولى وان يوكل العبد رجلا ليشتري نفسه من مولاه فالعبد في الاول موكل وفي الثاني وكيل وكلام المص ره يتناولهما وجعل الالف واللام بدلا من المضاف اليه وجعل المصدر مضافا الى الفاعل او المفعول وذكر احدهما متروك مثل ان يقول في توكيل العبد رجلا او في توكيل العبد رجل انتهى اقول تناول قول المص ره فصل في التوكيل لشراء نفس العبد للمسئلتين على كلا التقديرين انما يكون على سبيل البدل وفي ذلك تعسف لا يخفى فالاوجه ان يقدر كل واحد من المضاف اليه والمتروك امرا عاما مثل ان يقول فصل في توكيل احد آخر لشراء نفس العبد ليتناول عنوان هذا الفصل كل واحد من المسئلتين المذكورتين فيه على سبيل الشمول لا على سبيل البدل قال اى محمد رح في الجامع الصغير اذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من المولى اى من مولاى بالف ودفعها اى دفع العبد الالف اليه اى الى الرجل الذي وكله فان قال الرجل اى الوكيل للمولى اشتريته اى العبد لنفسه اى لنفس العبد فباعه على هذا اى فباع المولى ذلك العبد على هذا الوجه فهو حر اى فذلك العبد حر يعني صار حرا والولاء للمولى اى وولاء ذلك العبد للمولى لان بيع نفس العبد منه اى من العبد اعتاق اى اعتاق على مال والاعتاق على المال يتوقف على وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك كما اشار اليه بقوله وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمامور سفير عنه اى عن العبد حيث اضاف العقد اليه اذ لا يرجع عليه الحقوق اى لا يرجع الى المامور حقوق العبد لانه متى اضاف العقد الى العبد فقد جعل نفسه رسولا ولا عهدة على الرسول واذا كان كذلك فصار كانه اى العبد اشترى نفسه بنفسه اى بلا واسطة واذا كان اعتاقا اى واذا كان بيع نفس العبد اعتاقا لذلك العبد اعقب الولاء اى اعقب الولاء للمعتق فثبت ان العبد في هذه الصورة صار حرا وكان ولاؤه لمولاه وان لم يبين للمولى اى ان لم يقل الوكيل اشتريت العبد لنفس العبد فهو عبد للمشتري يعني صار ملكا له لان اللفظ اى لان قوله اشتريت عبدك بكذا حقيقة للمعاوضة اى موضوع للمعاوضة دون الاعتاق وامكن العمل بها يعني ان الحقيقة يجب العمل بها مهما امكن وقد امكن العمل بها اذا لم يبين اى اذا لم يعين فلم يقل اشتريت عبدك لاجل نفسه فيحافظ عليها اى فيحافظ اللفظ على الحقيقة فان قيل لا نسلم ان العمل بالحقيقة ممكن ههنا لانه توكيل لشراء شئ بعينه فليس للوكيل ان يشتريه لنفسه قلنا قد اتى الوكيل ههنا بجنس تصرف آخر لان ما وكل به كان من جنس الاعتاق على مال ما اتى به انما هو من جنس الشراء المحض فكان مخالفا للآمر فينفذ عليه وسيجيء الاشارة من المصنف ره الى نظير هذا في المسئلة الثانية بخلاف شراء العبد لنفسه حيث جعل الاعتاق لتعذر العمل بالحقيقة لان المجاز وهو كون الشراء مستعارا للاعتاق فيه اى في شراء العبد لنفسه متعين لان العبد ليس باهل ان يملك مالا فصار شراؤه لنفسه مجازا عن الاعتاق اولان نفس العبد ليست بمال في حقه حتى يملك نفسه ثم يعتق لانه آدمي في حق نفسه حتى وجب الحد والقصاص عليه باقراره والمال غير الآدمي خلق لمصالح الآدمي فلم يكن العمل بالمعاوضة

وان كان معاوضة يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف مثله ثمنا للعبد فانه في ذمته حيث لم يصح الاداء بخلاف الوكيل بشرى العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لان العقدين هنالك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد اما ههنا فاحدهما اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال الا ان ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع لاستيفاء

فجعل مجازا عن الاعتاق والجوز بمعنى ازالة الملك فان البيع يزيل الملك بعوض الى آخر والاعتاق يزيله لا الى آخر وان كان معاوضة يعني اذا كان العقد معاوضة فيما اذا لم يعين للمولى يثبت الملك له اي للمشتري والالف للمولى اي والالف التي دفعها العبد للمولى الى المشتري حين ان كله يكون للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف مثله اي مثل ذلك الالف ثمنا للعبد قوله ثمنا نصب على التمييز اي من جهة انه ثمن للعبد فانه اي الثمن في ذمته اي في ذمة المشتري حيث لم يصح الاداء لان المشتري ادى تلك الالف الى المولى من كسب عبده وكسب ملك المولى فلا يقع ثمنا قال في النهاية وهذا ظاهر فيما اذا وقع الشراء للمشتري واما اذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد الف اخرى قال الامام قاضيخان في الجامع الصغير وفيما اذا بين الوكيل للمولى انه يشتريه للعبد هل يجب على العبد اخرى لم يذكر في الكتاب وينبغي ان يجب لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه انتهى وقال في العناية بعد نقل ذلك عن النهاية قلت وفي كلام المص ما يشير اليه فانه جعل شراء نفسه قبولا للاعتاق ببدل فلو لم يجب عليه الف اخرى كان اعتاقا بلا بدل انتهى فتأمل بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره اي من غير العبد بان يوكل اجنبي اجنبيا بشراء العبد من مولاه حيث لا يشترط بيانه اي بيان الشراء لغيره يعني لا يشترط على الوكيل ان يقول وقت الشراء اشتريته لموكلي في وقوع الشراء للموكل لان العقدين يعني الذي يقع له والذي يقع للموكل هناك اي في تلك الصورة على نمط واحد اي على نوع واحد وهو المبايعة والنمط النوع والطريقة ايضا وفي الحالين اي حال الاضافة الى نفسه وحال الاضافة الى موكله المطالبة تتوجه نحو العاقد فلا يحتاج الى البيان اما ههنا اي فيما نحن فيه فاحدهما اي احد العقدين اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل اي لا مطالبة في الاعتاق على الوكيل لانه سفير والمولى عساه اي لعله لا يرضاه اي لا يرضى الاعتاق لانه يعقب الولاء وموجب الجناية عليه حينئذ فربما يتضرر به ويرغب في المعاوضة المحضة اي والمولى عساه يرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان اعلم ان قول المص ولا مطالبة على الوكيل على رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق فان محمدا رح ذكر فيه ان العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل وذكر في باب وكالة الماذون والمكاتب من كتاب الوكالة ان العبد يعتق والمال على الوكيل وهكذا اي ذكر في الجامع الكبير وجه رواية الجامع ان توكله بشراء العبد للعبد كتوكله بشرائه لغيره وهناك يصير هو المطالب بتسليم الثمن فكذا ههنا وعن عيسى بن ابان قال الصحيح ان الثمن على الثمن لان الوكيل من جانب العبد في العتق سفير ومعبر فانه لا يستغني عن اضافة العقد الى الآمر وليس الامر من قبض المعقود عليه بشيء فلا يتوجه عليه المطالبة بتسليم البدل الا يرى ان المولى لو كان هو الذي امر رجلا ليبيع نفس العبد من العبد بالف درهم الى العطاء فباعه الوكيل منه ينعقد يجوز البيع والالف عليه الى ذلك الاجل والذي يلي قبض الالف هو المولى دون الوكيل فكذا ههنا كذا ذكره الامام المحبوبي قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك هذه هي المسألة الثانية من المسألتين اللتين يشتملهما هذا الفصل فمن وكل عبدا بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو اما ان يضيف العبد العقد الى موكله او الى نفسه او اطلق فان اضافه الى موكله فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل اي ففعل المولى ذلك فهو اي العقد والعبد للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اي العبد اجنبي عن ماليته لانها لمولاه حتى لو اقر بها لغيره لم يصح والبيع يرد عليه اي على العبد من حيث انه مال لا من حيث انه آدمي فكان توكيله بشراء نفسه كتوكيله بغيره من اموال المولى او التوكيل حينئذ بشراء نفسه قال شمس الائمة اما صحة هذا التوكيل فلان العبد مخاطب له عبارة فلان كالحر وانما يصلح الحر ان يكون وكيلا لغيره بالشراء باعتبار ان له عبارة صحيحة فكذلك العبد الا ان ماليته في يده استثناء من قوله لانه اجنبي عن ماليته يعني ان مالية العبد في يد نفسه حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع فانه لو اراد البائع ان يحبسه بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لان ماليته في يده لكونه ماذونا له فصار كالمودع اذا اشترى الوديعة وهي بحضرته لم يكن للبائع حبسها لاستيفاء الثمن لكونها مسلمة اليه قال تاج الشريعة فان قلت الا

فاذا اضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر

عن هذا غير ممكن فلا يصير تسليما يسقط حق الحبس كما قلنا ان قبض الوكيل ليس بقبض الموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز قلت الشرع لا يرد بالمحال و كون المالية ههنا في يد البائع امر حسي لا مرد له وكون قبض الوكيل قبض الموكل امر اعتباري فجاز ان لا تعتبر انتهى اقول كل واحد من سواله وجوابه منظور فيه اما السوال فلان قوله كما قلنا ان قبض الوكيل ليس بقبض الموكل في اثناء هذا السوال مخل بالمقصود لان حاصل هذا السوال ان التسليم الكائن فيما نحن فيه لا يسقط حق الحبس لانه تسليم ضروري لا يمكن الاحتراز عنه وما هو كذلك فهو عفو لا يسقط حق الحبس كما مر في حابس الوكيل المبيع لاستيفاء الثمن وعلى تقدير ان لا يكون قبض الوكيل قبض الموكل لا يتحقق التسليم الى الموكل ههناك فلا يكون نظير ما نحن فيه فالوجه ان يقال بدل ذلك كما قلنا في قبض الوكيل وتوضيح المقام انا قولين في قبض الوكيل على ما مر احدهما ان قبض الوكيل قبض الموكل وتسليم اليه لكنه تسليم ضروري لا يمكن التحرز عنه فلا يسقط حق الحبس وثانيهما ان قبض الوكيل ليس بقبض الموكل في الابتداء بل هو موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه ان حبسه وصحة التنظير على القول الاول دون الثاني واما الجواب فلان الفرق بين كون مالية العبد في يده وبين كون قبض الوكيل قبض الموكل بان الاول امر حسي لا مرد له والثاني امر اعتباري فجاز ان لا يعتبر الثاني دون الاول مما لا يجدي قليلا في قطع مادة السوال المذكور لان خلاصته منع كون التسليم مما نحن فيه مسقطا لحق الحبس بناء على كونه تسليما ضروريا لا يمكن الاحتراز عنه لا منع تحقق التسليم فيما نحن فيه وكون مالية العبد مما لا مرد له انما يدفع منع تحقق التسليم فيه لا منع كون التسليم فيه مسقطا لحق الحبس كما لا يخفى وانما تاثير الفرق المزبور بالنظر الى ما ادرجه في اثناء السوال المذكور من المقدمة المستدركة المخلة بالمقصود كما عرفته لا بالنظر الى ما هو المقصود وقال صاحب الغاية بعد ان ذكر ذلك السوال والجواب وفيه نظر فان مالية العبد امر اعتباري وكونها بيده كذلك وقبض الوكيل امر حسي لا مرد له فكان الامر بالعكس والصواب ان يقال القبض امر حسي اذا قام به كان لا يجعل في غيره الا بالاعتبار وجاز ترك الاعتبار اذا اقتضاه ضرورة واما مالية العبد فانها لا تنفك عن نفسه فاذا اخرج نفسه عن ملك البائع ومالية لا تنفك تسلمت اليه ولا حبس بعد التسليم الى ههنا كلامه اقول في كل واحد من نظره وجوابه الذي ستعمره بحث اما في الاول فلان الامر الحسي الذي لا مرد له انما هو قبض الوكيل قبض الموكل واين هذا من ذلك فلم يكن الامر بالعكس كما لا يخفى واما في الثاني فلانه ان اراد بعدم انفكاك مالية العبد عن نفسه عدم انفكاكها عنها في نفس الامر فهو مع كونه ممنوعا في نفسه مناف لما قاله سابقا في النظر من ان مالية العبد امر اعتباري وكونها بيده كذلك وان اراد بذلك عدم انفكاكها عنها في اعتبار اهل الشرع فللسائل ان يقول لم لا يجوز ان يترك اهل الشرع هذا الاعتبار عند اقتضاء الضرورة كما في قبض الوكيل على ان حاصل هذا الجواب ايضا الفرق بين قبض الوكيل وبين مالية العبد بان الانفكاك جائز في الاول دون الثانية فتعين التسليم ههنا دون الاول وهذا انما يدفع منع تحقق التسليم ههنا وقد عرفت ان خلاصة السوال المذكور منع كون التسليم ههنا مسقطا لحق الحبس لا منع تحقق التسليم ههنا فلا يتم ما ذكره جوابا عنه اللهم الا ان يكون مراده الصواب في الفرق بين الصورتين ان تقابل لما ذكره لا ان الصواب في الجواب عن اصل السوال ان يقال كذا لكنه بعيد عن انفاء لحق المقام والاشبه في تقرير ذلك السوال وتعيين الجواب عنه ما ذكره صاحب الكفاية حيث قال فان قيل وقوع المالية في يد العبد ضروري لا يمكن الاحتراز عنه للموكل وكان كالوكيل له ولانه الحبس المبيع عن الموكل وان كان يده كيد الموكل حكما لانه لا يمكن الاحتراز عنه قلنا لا يمكن التحرز للوكيل عن هذا في جنس الوكالات ولكن يمكن للبائع التحرز عنه في جنس الوكالة بان باع عبده لوكيل لا لمشتري نفسه انتهى فاذا اضافه اي فاذا اضاف العبد العقد الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر فهذا نتيجة الدليل تقريره ان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه مال وكل من صلح وكيلا عن غيره في شراء مال اذا اضاف العقد الى الآمر صلح فعله امتثالا فالعبد اذا اضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر ثم اعلم ان قوله في الكتاب ففعل فهو للآمر يشير الى ان العقد يتم بقول المولى بعت

ان يعقد لنفسه فهو حر لانه اعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة والعبد وان كان وكيلا بشراء شيء معين ولكنه اتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه

وهو يخالف ما ذكر في الجامع من ان اضافة العقد الى الموكل انما تفيده الملك اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم حتى يقول العبد قبلت وهذا بناء على ان الواحد لا يتولى طرفي البيع بخلاف ما اذا اشترى لنفسه كما سيأتي فانه اعتاق على مال متقدر والواحد يتولى طرفي الاعتاق اذا كان المال متقدرا فيتم بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعني نفسي فان قيل اذا اضاف العبد العقد الى الآمر فمن المطالب بالثمن قلنا العبد لانه العاقد فيجب الثمن عليه الا انه يرجع به على الآمر فان قلت العبد قد يكون محجورا عليه ومثله لا يرجع اليه الحقوق قلت زال الحجر ههنا بالعقد الذي باشره مع مولاه فان المباشرة تستدعي تصور صحة المباشرة وهو اذن وان عقد لنفسه اي ان اضاف العقد الى نفسه فقال بعني نفسي مني فقال المولى بعت فهو حر لانه اعتاق لما تقدم وقد رضي به المولى لانه علم ان بيع العبد منه اعتاق دون المعاوضة اي لم يرض بها فلا يقع العقد للآمر وان اشعر ان يقال العبد وكيل بشراء شيء بعينه فكيف استجاز له ان يشتري لنفسه اجاب بقوله والعبد وان كان وكيلا بشراء شيء معين ولكنه اتى بجنس تصرف آخر وهو الاعتاق على مال فكان مخالفا وفي مثله ينفذ على الوكيل فان الوكيل بشراء شيء بعينه اذا خالف فاتى بجنس تصرف آخر ينفذ العقد على الوكيل دون الموكل كما تقرر فيما مر وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان اي وكذا لو اطلق العبد العقد فقال بعني نفسي ولم يزد على ذلك فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين يعني الامتثال وغيره فلا يقع امتثالا اي فلا يجعل امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه لان الاصل في التصرف ان يقع عمن باشره قال صاحب العناية وعورض بان اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم واذا تردد اللفظ بين ان يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة البتة واجيب بان اللفظ للحقيقة اذا لم يكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهي اضافة العبد العقد الى نفسه فان حقيقته بالنسبة اليه غير متصورة ورضي المولى بذلك واليه اشار بقوله وقد رضي به المولى دون المعاوضة انتهى اقول هذا الجواب مما لا يكاد يصح ههنا لان الكلام الآن انما هو في مسئلة الاطلاق عن الاضافة الى نفسه والى الموكل والقرينة المذكورة انما وجدت في مسئلة الاضافة الى نفسه وقول المص ره وقد رضي به المولى دون المعاوضة انما وقع وقد تقدم ذكرها وليس ذلك بمورد الاعتراض فلا مساس لهذا الجواب بما نحن فيه اصلا لا يقال ليس المراد بالاضافة الى نفسه التي عدت قرينة ههنا الاضافة المارة في المسئلة المتقدمة الحاصلة من قوله لنفسي بل الاضافة الحاصلة من قوله نفسي في قوله بعني نفسي وهذه الاضافة موجودة في مسئلة الاطلاق ايضا لانا نقول هذه الاضافة لا تصلح ان يكون قرينة للمجاز اذ لا شك ان مجرد قوله بعني نفسي لا ينافي المعاوضة بل يحتمل ان يراد به بيع نفسه من نفسه وهو الاعتاق على مال وبيع نفسه لغيره وهو المعاوضة بل الثاني هو الظاهر نظرا الى الحقيقة وقال صاحب العناية لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لانا نقول الاحتمال انما هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الانكار والترجيح من حيث الاضافة الى نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ انتهى اقول هذا ايضا ليس بصحيح اذ لا اضافة الى نفسه فيما نحن فيه لان وضعه فيما اطلق ولم يضف الى احد فكيف يتصور الترجيح فيه من حيث الاضافة الى نفسه وايضا ان اراد بقوله وهي خارجة عن مفهوم اللفظ انها خارجة عن مفهوم مجموع اللفظ الصادر عن العبد في هذه الصورة وهو قوله بعني نفسي واين توجد الاضافة الى نفسه حتى تكون قرينة للمجاز وان اراد بذلك انها خارجة عن مفهوم بعض اللفظ الصادر عنه فيها وهو قوله بعني فقط فلا يجدي شيئا لان وضع المسئلة في اطلاق مجموع ما صدر عن العبد اذ به تمتاز هذه الصورة عن صورتي الاضافة فلا بد من خروج قيد الاضافة عن مجموع ذلك حتى يوجد الاطلاق المفروض ويصح الاحتمال المذكور وبالجملة لا حاصل لهذا الجواب ولا مطابقة فيه لما في الكتاب كما لا يخفى على ذوي الالباب والجواب الصحيح عن اصل المعارضة ما ذكره صاحب النهاية

فصل في البيع قال والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا يقبل شهادته له عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة

والكفاية حيث قالا فان قيل ينبغي ان يقع الشراء للموكل عند الاطلاق لان اللفظ لحقيقته في الاصل فلما تردد بين الحقيقة والمجاز ينبغي ان يحمل على الحقيقة كما هو الاصل فيما نحن فيه لو وقع الشراء لموكله كان الشراء معمولا على حقيقته وهي المعاوضة ولو وقع للعبد كان معمولا بمجازه لانه غير موضوع للاضافة بل هو موضوع للمعاوضة قلنا عارضت جهة اصالة الحقيقة جهة اصالة اخرى وهي ان الاصل في تصرف الانسان ان يقع لنفسه ثم رجحنا هذه الجهة بحسب مقصود البائع لانه هو ان لا يفوت ولاء العبد منه فانه على تقدير وقوع الشرى للموكل يفوت هذا الغرض او يقول لما وقع التعارض بين الاصلين رجحنا جانب الاعتاق لانه تصرف مندوب اليه والمعاوضة مباحة محضة انتهى

فصل في البيع لما فرغ من بيان احكام التوكيل بالشراء شرع في بيان احكام التوكيل بالبيع وما ذكر لتقديم فصل الشراء ثمه فهو وجه فصل البيع ههنا كذا في الشروح اقول لقائل ان يقول قد ذكر في هذا الفصل كثير من احكام التوكيل بالشراء ولم يذكر ذلك في الفصل المتقدم منها قوله والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده الخ فان الحكم فيه حكم مشترك بين التوكيل بالبيع والتوكيل بالشراء ومنها قوله والتوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله فان الحكم فيه حكم التوكيل بالشراء ومنها قوله وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف الخ فان الحكم فيه ايضا حكم التوكيل بالشراء فقولهم لما فرغ من بيان احكام التوكيل بالشراء شرع في بيان احكام التوكيل بالبيع محل مناقشة ويمكن الجواب بنوع عناية فتامل قال اي القدوري في مختصره والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا يقبل شهادته له اي وسائر من لا يقبل شهادته له كولده وولد ولده وزوجته وعبده ومكاتبه صرح القدوري في مختصره بهذه الاشياء الا ان المصنف اقتصر على الاجمال فقال وجدها ومن لا يقبل شهادته له قال الشارح العيني في تمثيل قوله ومن لا يقبل شهادته له مثل ابيه واخيه اقول في تمثيله الثاني خبط ظاهر فانه يقبل شهادة الاخ لاخيه بلا خلاف كما مر في كتاب الشهادة عند ابي حنيفة رحمه الله والمراد بعدم البيع والشراء مع هؤلاء عند ابي حنيفة رحمه الله عدم جواز ذلك عنده في مطلق الوكالة واما اذا قيد الوكالة بعموم المشية بان قال بع ممن شئت فيجوز بيعه وشراؤه مع هؤلاء بلا خلاف بخلاف البيع من نفسه او من ابن صغير له حيث لا يجوز وان قال ذلك كذا صرح به في المبسوط ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة قال بعضهم تخصيص البيع بالذكر من قبيل الاكتفاء بذكره من الشراء والا ففيه خلاف ايضا وقال صاحب النهاية خص قولهما في الكتاب في حق جواز البيع منهم بمثل القيمة وكذلك في شرح الطحاوي وكان فيه اشارة الى انه لا يجوز عندهما البيع في الغبن اليسير والا لم يكن لتخصيص مثل القيمة فائدة ولكن ذكر في الذخيرة ان البيع منهم بالغبن اليسير يجوز عندهما فكان الغبن اليسير ملحقا بمثل القيمة على ذلك التقدير فقال فيها الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا يقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة يجوز بالاجماع وان كان باقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وان كان بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز وان كان بمثل القيمة فعن ابي حنيفة رح روايتان في رواية الوكالة والبيوع لا يجوز عند ابي حنيفة رح وبيعه باكثر من القيمة وشراؤه منه باقل من القيمة يجوز بلا خلاف وبمثل القيمة يجوز عندهما وكذلك عند ابي حنيفة رح باتفاق الروايات وابو حنيفة رح فرق على رواية الوكالة والبيوع بين الوكالة والبيوع بين المضارب وبين الوكيل انتهى كلامه فان قيل ما وجه الفرق لابي حنيفة رح على هذه الرواية بين المضارب والوكيل حيث جوز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة بظهور الربح او لم يظهر مع ان له قبل ظهور الربح حكم الوكيل اجيب بان وجهه ان المضارب اعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه فقد يكون نائبا محضا في بعض الاحوال فاشبه بالمستبد بالتصرف جاز تصرفه مع هؤلاء بمثل القيمة ولشبهه بالنائب لم يجز تصرفه مع هؤلاء في حق المحكل

الا من عبده او مكاتبه لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد للمولى
وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة
بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه والاجارة والصرف على هذا الخلاف

وان كان بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه فانه لا يجوز عندهما ايضا قيد في المبسوط بقوله الا من عبده الذي لا دين عليه لان كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه فكان فيه اشارة الى انه لو كان عليه دين يجوز بيعه منه عند تعميم المشتبه كذا في النهاية ومعراج الدراية قال بعض الفضلاء فيه تامل فان العبد الذي عليه دين محيط فما في يده ملك لمولاه عند ابي يوسف ومحمد رح فلا يظهر للتقييد فائدة انتهى اقول نعم ان العبد الذي عليه دين محيط بماله ورقبته يملك مولاه ما في يده عندهما الا انه يتعلق به حق الغرماء حتى لو اعتق مولاه من كسبه عبدا العتق عندهما ولكن يضمن قيمته للغرماء واما عند ابي حنيفة رح فلا يملك مولاه ما في يده ولو اعتق من كسبه عبدا لا يعتق ففائدة التقييد يظهر بناء على تعلق حق الغرماء بما في يده عندهما ايضا حتى يصير مولاه ممنوعا عن ان ينتزعه من يده ولهذا جاز بيع العبد المأذون الذي عليه دين من مولاه شيئا من اكسابه وبيع مولاه عنه شيئا من امواله عندهم جميعا ولم يجز بيع العبد المأذون الغير المديون شيئا من مولاه ولا بيع مولاه شيئا منه عندهم اصلا وسينكشف ذلك كله في كتاب المأذون فقوله في المبسوط لان كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه معناه ان كسبه ملك خالص لمولاه لم يتعلق به حق الغير فبيعه منه كبيعه من نفسه بخلاف العبد المديون قال المص رح في تعليل ما ذكر في الكتاب من جانبهما لان التوكيل مطلق عن التقييد بشخص دون آخر والمطلق يعمل باطلاقه وكان المقتضي موجودا والمانع منتف لان المانع هو التهمة ولا تهمة ههنا لانها اما ان يكون من حيث ايثار العين او من حيث ايثار المالية وليس شيء منهما بموجود اما الاول فلما ذكره بقوله اذ الاملاك متباينة الا يرى انه يحل للابن وطي جاريته نفسه ولا يحل له وطي جارية ابيه ولو لم يكن ملكه متباينا عن ملك ابيه لكانت جاريته جارية مشتركة ولما حل له وطيها كما لا يحل له وطي جارية ابيه والمنافع منقطعة لان تباين الاملاك يوجب انقطاع المنافع وان كان الامر كذلك فلا نفع له من حيث ايثار العين فلا تهمة واما الثاني فلان التقدير بمثل القيمة بنفسه فاذا وجد المقتضي وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما في البيع من الاجنبي بخلاف العبد يعني الذي لا دين عليه لما عرفت لانه بيع من نفسه اي لان بيع الوكيل من مثل ذلك العبد بيع من نفسه لان ما في يد العبد اي ما في يد مثل ذلك العبد للمولى اي ملك خالص للمولى لا حق فيه للغير فصار البيع منه بيعا من نفسه والبيع من نفسه غير جائز لان الواحد اذا تولى طرفي البيع كان مستزيدا او مستنقصا قابضا ومسلما مخاصما في العيب وفيه من التضاد ما لا يخفى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب حتى لا تصح تبرعاته ولا تزويج عبده وينقلب حقيقة بالعجز يعني وقد ينقلب حق المولى في كسب المكاتب الى حقيقة الملك بعجز المكاتب عن اداء بدل الكتابة فصار كالعبد وله اي ولابي حنيفة رح ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات يعني سلمنا ان التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لانها شرعت للاعانة فكانت مواضع امانة وهذا اي ما نحن فيه موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة اي فيما بينهم ولان المنافع بينهم متصلة لان كل واحد منهم ينتفع بمال صاحبه عادة فصار مال كل واحد منهم كمال صاحبه من وجه فصار اي بيع الوكيل من هؤلاء بيعا من نفسه من وجه فكان فيه تهمة ايثار العين قال صاحب العناية في شرح دليل ابي حنيفة رح ههنا ولابي حنيفة رح القول بالموجب اقول ليس الامر كذلك لان القول بالموجب على ما تقرر في كتب الاصول التزام ما يلزمه المعلل مع بقاء الخلاف وههنا ليس كذلك لان حاصل التعليل المذكور من قبلهما ان التوكيل مطلق والتهمة منتفية بتباين الاملاك وانقطاع المنافع وحاصل ما ذكر من قبله ان التهمة متحققة والمنافع متصلة والظاهر ان مآل هذا منع لما علل به من قبلهما لا تسليم اللازم له فلم يكن له من القول بالموجب في شيء نعم فيه تسليم لمقدمة واحدة من التعليل المذكور وهي ان التعليل مطلق لكن لا يتم بها وحدها مطلوبهما فلا يكون تسليمها تسليما للتعليل المذكور من قبلهما كما لا يخفى قال المص رح والاجارة والصرف على هذا الخلاف يعني ان الوكالة بالاجارة والصرف على هذا الخلاف المذكور وانما خصهما بالذكر لان الاجارة شرعت على خلاف القياس لان المعقود عليه وهو المنافع معدومة والصرف شرعه بشرط

قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الاب والوصي وله ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن او بالعين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفة رح على ما هو المروي عنه

عرى عنها غيره وكانما ظن عدم جوازه مع هؤلاء بالاجماع فبين ان الحكم فيها كالحكم فيما سواها كذا في الشروح اقول السلم ايضا شرع على خلاف القياس وله شروط مخالفة للغير فكان الاحسن ان يذكره المصنف رح معها كما قال في المختلف حيث قال فيه بعد بيان الخلاف المذكور والسلم والصرف والاجارة على هذا الخلاف قال اي القدوري في مختصره والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة رح ويجوز بيعه باجل غير متعارف ايضا عنده صرح به في الذخيرة وغيرها ولقب هذه المسئلة الوكيل بالبيع مطلقا يملك البيع باعز وهان وباي من كان والى اي اجل كان متعارفا وغير متعارف كذا قالوا وقالا اي ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه اي لا يجوز بيعه بغبن فاحش ويجوز بغبن يسير ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير اي لا يجوز الا بالنقود وكذا لا يجوز بيعه عندهما الا باجل متعارف قال في الذخيرة واذا باع باجل متعارف فيما بين التجار في تلك السلعة جاز عند علمائنا رح وان باع باجل غير متعارف فيما بين التجار في تلك السلعة بان باع مثلا الى خمسين سنة او ما اشبه ذلك فعلى قول ابي حنيفة رح يجوز وعلى قول ابي يوسف رح ومحمد رح لا يجوز وقال انما يجوز البيع بالنسية اذا لم يكن في لفظه ما يدل على البيع بالنقد فاما اذا كان في لفظه ما يدل على البيع بالنقد لا يجوز البيع بالنسية نحو ان يقول بع هذا العبد فاقض ديني او قال بع فان الغرماء يلازمونني او قال بع فاني احتاج الى نفقة عيالي ففي هذه الصور ليس له ان يبيع بالنسية انتهى قال المصنف رح في تعليل ما ذكر في الكتاب من جانبهما ان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف اي بما هو متعارف بين الناس لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها اي فتتقيد التصرفات بمواقع الحاجات والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا اي ولاجل تقييد التصرفات بمواقعها يتقيد التوكيل بشراء الفحم وفي بعض النسخ اللحم مكان الفحم لكن الفحم الیق بالقران قوله بزمان الحاجة اذ كل الازمان زمان الحاجة الى اللحم كذا في النهاية ومعراج الدراية والجمد بسكون الميم لا غير هو ما جمد من الماء فكان فيه تسمية للاسم بالمصدر كذا في الصحاح والديوان والاضحية بزمان الحاجة متعلق بتقييد التوكيل بشراء هذه الامور بزمان الحاجة فيتقيد التوكيل بشراء الفحم بايام البرد وبشراء الجمد بايام الصيف وبشراء الاضحية بايام النحر او قبلها كل ذلك من تلك السنة حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الامر ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهو ظاهر وهبة من وجه ولهذا لو حصل من المريض كان معتبرا من الثلث والاب والوصي لا يملكانه وهو وكيل بالبيع دون الهبة وكذا المقايضة اي البيع بالعرض بيع من وجه وشراء من وجه لانه من حيث ان فيه اخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث ان فيه تحصيل السلعة في الملك شراء فلا يتناوله اي فلا يتناول البيع بغبن فاحش وبيع المقايضة مطلق اسم البيع المطلق ينصرف الى الكامل ولابي حنيفة رح ان التوكيل بالبيع مطلق اي غير متقيد بشيء فيجري اي يجري المطلق على اطلاقه في غير موضع التهمة فيتناول كل ما يطلق عليه البيع قال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولابي حنيفة رح القول بالموجب اي سلمنا ان التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجري على اطلاقه في غير موضع التهمة اقول هذا قبح مما قاله في المسئلة الاولى اذ لم يقل الخصم ههنا قط ان التوكيل بالبيع مطلق بل قال ان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف يعني ان ما هو في صورة الاطلاق من الامر فهو مقيد في الحقيقة بالتعارف فلم يقع منه الحكم بان التوكيل بالبيع مطلق حتى يصير محلا للمنع او التسليم فلا يتصور ان يكون ما ذكر من قبل ابي حنيفة رح ههنا قولا بالموجب بتسليم ان التوكيل بالبيع مطلق والحق ان حاصل معنى الكلام المذكور منع لكون مطلق الامر ههنا مقيدا بالمتعارف بناء على قاعدة لزوم اجراء المطلق على اطلاقه في غير موضع التهمة وان حاصل معنى قوله والبيع بالغبن او بالعين اي العرض متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم اي السامة من العين نزل في الجواب عن المنع المذكور يعني سلمنا ان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لكن البيع بالغبن او بالعين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن لتجارة رابحة او لغيرها وعند التبرم من العين وفي هذا ايماء الى تعلية الثمن بكثرته ونقدية الثمن وعرضيته وكان العرف مشتركا فلم يصلح حجة لاحد الخصمين على الآخر والمسائل ممنوعة على قول ابي حنيفة رح اي المسائل المستشهد بها من قبل الخصم

ولانه بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به غير ان الاب والوصي لا يملكانه مع انه بيع لان ولايتهما نظرية ولا نظر فيه

وهي مسائل شراء اللحم والجمد والاضحية ليست بمسلمة على قول ابي حنيفة رح بل هي مروية على قول ابي يوسف رح على ذلك الوجه واما عند ابي حنيفة رح فهي على اطلاقها لا تتقيد بزمان الحاجة قال في غاية البيان ولئن سلمنا انها تتقيد على قول ابي حنيفة رح ايضا فنقول انما تتقيد بدلالة الغرض لا بدلالة العادة لان الغرض من شراء الفحم دفع ضرر البرد وذلك يختص بالشتاء والغرض من شراء الجمد دفع ضرر الحر وذلك يختص بالصيف حتى لو انعدمت هذه الدلالة بان وجد التوكيل ممن يعتاد تربيص الفحم كالحدادين او تربيص الجمد كالفقاعيين لا يتقيد التوكيل كذا قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وكذا التوكيل بالاضحية تتقيد بايام النحر بالغرض لا بالعادة لان غرض الموكل خروجه عن عهدة الوجوب الذي يلحقه في ايام تلك السنة انتهى وقال في الكافي ولانه مطلق في حق الوقت لا عام فلم يتناول الا واحدا وقد صار المتعارف مرادا فلم يبق غيره مرادا فاما هذا فعام انتهى وكذا ذكر في الكفاية ايضا ولانه اي البيع بالغبن بيع من كل وجه جواب عن قولهما ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه يعني لا نسلم انه كذلك بل هو بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به اي بالبيع بغبن فاحش فلما جعل بيعا مطلقا في اليمين جعل في الوكالة كذلك واعترض عليه بانه لا يلزم من جريان العادة في اليمين نوع جريانه في البيع في ذلك النوع الا يرى انه لو حلف لا ياكل لحما فاكل لحما قديدا حنث وفي التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحما قديدا وقع على المشتري لا على الآمر واجيب بان التوكيل بشراء اللحم انما يقع على لحم يباع في الاسواق والقديد لا يباع فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه فعلم بهذا ان العرف قد اختلف في حقهما فاختلف الجواب لذلك اما البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه بيعا حقيقة وعرفا اما حقيقة فظاهر واما عرفا فيقال بيع رابح وبيع خاسر كذا في العناية اخذا من النهاية اقول في الجواب بحث لان حاصل الاعتراض باختلاف العرف في حق اليمين والبيع والتشبث بادعاء ان البيع بغبن فاحش لا يخرج عن كونه بيعا لا حقيقة ولا عرفا فيرد عليه انه ان اريد انه لا يخرج عن كونه بيعا من وجه فهو مسلم لكن لا يحصل به الجواب عما قالاه والكلام فيه وان اريد انه لا يخرج عن كونه بيعا من كل وجه فهو ممنوع اذ هو اول المسئلة حيث لا يقول به الخصم بل يدعي انه بيع من وجه وهبة من وجه ونحن بصدد الجواب عنه بمسئلة اليمين فاذا اورد الاعتراض عليه باختلاف العرف والحكم في حق اليمين والبيع فكيف يصح الجواب عنه بالمصير الى الاصل المتنازع فيه غير ان الاب والوصي لا يملكانه جواب عن سؤال مقدر تقريره لو كان البيع بغبن فاحش بيعا من كل وجه لملكه الاب والوصي يعني ان الاب والوصي انما لا يملكان البيع بغبن فاحش مع انه بيع اي من كل وجه لان ولايتهما اي ولاية الاب والوصي على الصغير نظرية اي بشرط النظر في امر الصغير بالشفقة وايصال النفع اليه ولا نظر فيه اي في البيع بغبن فاحش والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه جواب عن قولهما وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه يعني لا نسلم ان المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه بل هي بيع من كل وجه وشراء من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما قال صاحب العناية وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في اول البيوع وقال وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه اقول فيه خلل اما اولا فلانه لا يخفى على احد ان المراد بالبيع في قوله والمقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه هو البيع المقابل للشراء وهو وصف البائع وان المراد بالشراء في قوله المزبور هو الشراء المقابل للبيع وهو وصف للمشتري والحد المذكور اعني مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب انما هو حد البيع الذي هو عقد شرعي وهو المجموع المركب من الايجاب والقبول مع الارتباط الشرعي الحاصل بينهما فذلك بمعزل عن قوله لوجود حد كل واحد منهما واما ثانيا فلان قوله وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه بعد ان جعل هذا الحد حدا لكل واحد من البيع والشراء يقتضي ان يكون كل المبايعات الغير الاضطرارية بيعا من كل وجه وشراء من كل وجه اذ لا يخلو شيء منها عن صدق هذا الحد عليه كما تقدم في اول البيوع ولم يقل به احد قط واعترض بعض الفضلاء بوجه آخر على قوله وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب حيث قال فيه نظر فان البائع في قوله بعت الخ

والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما

بالمقابلة والعوض فلا يتناول الحد الشراء انتهى اقول هذا ساقط لان بالمقابلة والعوض لاينافي تناول الحد المذكور الشراء فان المقابلة والمعاوضة يتحققان في
كل واحد من البدلين بلا تفاوت وانما بقي حديث دخول الباء على الثمن ويجيئ الكلام فيه قال صاحب العناية ويجوز ان يقال البيع في الحقيقة عبارة عن اخراج ملكه
متوسلا به الى تحصيل ملك غيره والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوصلا اليه باخراج ملكه وكلاهما صادق على المقايضة انتهى اقول هذا هو الصواب
وان كان مقتضى تحريره ان يكون ضعيفا عنده الا ان المراد بقوله وكلاهما صادق على المقايضة انهما صادقان على بدلي المقايضة معا فلا ينتقض بسائر البياعات
فان صدق البيع بالمعنى المذكور في سائرها مختص بالسلعة وصدق الشراء فيها مختص بالثمن فيسقط ما قاله بعض الفضلاء على قوله وكلاهما صادق على المقايضة
بل على جميع البياعات ففي تقريره قصور انتهى فتدبر ثم قال صاحب العناية فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي يرد على مجموع البدلين باعتبارين بتعيين كل
منهما باطلاق لفظ مختص به عليه وبذلك تميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء انتهى اقول وفيه خلل لان حاصله ان معنى البيع ومعنى الشراء
متحدان بالذات ومتغايران بالاعتبار بتعيين كل منهما باطلاق لفظ مختص به عليه وهو لفظ البيع في البيع ولفظ الشراء في الشراء فيمتاز به البائع عن المشتري
لكنه ليس بصحيح اما اولا فلانه قد تقرر في كتب اللغة ان لفظ البيع ولفظ الشراء من الاضداد ويطلق كل منهما على كل من معنيي البيع والشراء وصرح به في اول
كتاب البيوع حتى صرح نفسه ايضا هناك بان لفظ البيع من الاضداد لغة واصطلاحا وقال يقال باع الشيء اذا شراه او اشتراه واذا كان كذلك فكيف تيسر اختصاص
احد اللفظين المذكورين باحد المعنيين المذكورين وكيف يتصور تعيين احد هذين المعنيين باطلاق احد ذينك اللفظين عليه ولا شك ان ما هو من الاضداد يصح
اطلاقه على كل من معنييه على ان اتحاد معنى البيع والشراء بالذات مما لم يقل به احد من الثقات ولا يرى له وجه ... اما ثانيا فلان البيع كما ينعقد
بالايجاب والقبول ينعقد ايضا بالتعاطي كما تقرر في البيوع وفي صورة التعاطي لايلزم اطلاق لفظ على شيء منهما فكيف يتم قوله بتعيين كل منهما باطلاق
لفظ مختص به عليه وبذلك تميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء واما ثالثا فلانه لو تعين كل منهما بلفظ مختص به وامتاز به البائع عن المشتري
لكان الصادر من احد المتعاقدين بيعا ومن الآخر شراء البتة فلم يصح القول بان المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه بل هي حينئذ اما بيع واما شراء
لا غير اللهم الا ان يحمل المراد بكونها بيعا وشراء من كل وجه على انها صالحة لكل واحد منهما قبل صدور العقد واما بعد صدوره فيتعين واحد منهما لكنه تعسف تام
فرع على ما ذكره سقوط بعض ما قيل ههنا ولما لم يصح الاصل كما عرفته لم يصح الفرع ايضا لان صحة الفرع فرع صحة الاصل كما لا يخفى واعلم ان ههنا اسولة
واجوبة يستدعي بسطها تحقيق المقام فنقول ان قيل من المحال ان يوصف الشيء الواحد بصفة وبضدها في حالة واحدة ولو قلنا بان بيع المقايضة بيع من كل وجه
وشراء من كل وجه في ذلك الوقت لزم هذا المحال قلنا انما يلزم المحال لو كان ذلك بجهة واحدة وليس كذلك فانه بيع من كل وجه بالنسبة الى عرض نفسه
وشراء من كل وجه بالنسبة الى عرض صاحبه وانما قلنا بكذا لان البيع لابد له من مبيع وثمن وليس كل واحد منهما باولى من الآخر في ان يجعل هو مبيعا او ثمنا
فجعل كل واحد منهما مبيعا بمقابلة الآخر وثمنا بمقابلة الآخر فان قيل لا نم عدم الاولوية في احدهما لانه لابد من ادخال الباء في واحد منهما لتحقيق الصاق البدل
بالمبدل وما دخل عليه الباء تعين للثمنية لما عرفت ان الباء تصحب الاثمان فيجب تعيين الآخر لكونه مبيعا بحاله قلنا قد ذكر في اوائل كتاب البيوع ان الباء انما
تعين ما دخلت عليه للثمنية اذا كان ذلك الشيء من المكيلات او الموزونات من غير الدراهم والدنانير فان الدراهم والدنانير متعينة للثمنية سواء دخلت عليها الباء او لم تدخل و
العروض متعينة للمبيعية سواء دخلت عليها الباء او لم يدخل اما المكيلات والموزونات اذا كانت غير معينة وهي موصوفة بصفة فان دخلت عليها الباء تعين للثمنية
كما اذا قال اشتريت هذا العبد بكذا حنطة جيدة واما اذا لم يدخل عليها الباء فلا يتعين لها ايضا ثم كلامنا ههنا في بيع المقايضة وهي تنبئ عن المساواة يقال انها

قال والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره على ما مر

قيمتان اى متساويان وكان كلا البدلين متعينا فلا يتعين واحد منهما للمبيعية ولا للثمنية فلذلك جعل كل واحد منهما مبيعا وثمنا وان دخلت الباء في احدهما فان قيل اذا كان بيع المقايضة شراء من كل وجه وبيعا من كل وجه فمن اى وجه رجح ابو حنيفة رح جانب البيع فيه فنفذ البيع على الآمر عنده اذا باع الوكيل بالبيع بعرض مع الغبن الفاحش قلنا رجح هو جانب البيع استدلالا بما ذكر في المبسوط في باب الوكالة بالسلم من كتاب البيوع من ان جانب البيع ترجح على جانب الشراء في البيع بعرض الا يرى ان احد المتفاوضين لو اشترى بغير اذن صاحبه كان مشتريا لنفسه ولو باع بغير اذن صاحبه شيئا من مال المضاربة توقف على اجازة صاحبه فان باعه بعرض يتوقف ايضا حتى لو كان صاحبه كان تصرفه على المضاربة فعرفنا ان جانب البيع ترجح فيه كذا في النهاية ومعراج الدراية فان قلت كما ان كل واحد من عاقدي عقد المقايضة بائع بالنسبة الى عرض نفسه مشتر بالنسبة الى عرض الآخر كذلك كل واحد من عاقدي عقد الصرف بائع ومشتر لما ان عقد الصرف بيع والبيع لا بد له من مبيع وثمن وليس احد البدلين اولى من الآخر في جعله مبيعا او ثمنا فجعل كل واحد منهما مبيعا وثمنا ثم الغبن الفاحش يتحمل في بيع المقايضة على قول ابي حنيفة رح في ظاهر الرواية خلافا لرواية الحسن كما ذكر في الذخيرة والمبسوط ولا يتحمل في بيع الصرف على قول الكل باتفاق الروايات كما ذكر في باب الوكالة في الصرف من صرف المبسوط فما وجه الفرق بينهما مع اتحادهما في العلة قلت الفرق بينهما انما نشأ من حيث ورود علة عدم جواز بيع الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش ههنا ايضا وذلك لان تصرف الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش انما لا ينفذ على الموكل للتهمة فان من الجائز انه عقد لنفسه فلما علم بالغبن اراد ان يلزم ذلك الوكيل وهذا المعنى موجود ههنا فان الوكيل يملك عقد الصرف لنفسه كما صرح به في المبسوط واما في بيع المقايضة فليس للوكيل ان يبيع من نفسه ولان المشتري لنفسه عرضا لا آخر بمقابلة عرض الموكل فلم يرد التهمة التي وردت في حق الوكيل بالشراء فلم يمنع الجواز لذلك في ظاهر الرواية على قول ابي حنيفة رح وذكر في الذخيرة ان الوكيل بالصرف اذا اشترى بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بلا خلاف لان الغبن على قول ابي حنيفة رح ان كان يجوز باعتبار انه بيع من وجه لا يجوز باعتبار انه شرى من وجه الا ان الشرى اصل في هذا العقد لان الثمنية في الدراهم والدنانير اصل والعبرة للاصل فكان شرى من كل وجه والغبن الفاحش لا يتحمل الشرى بالاتفاق كذا في النهاية قال صاحب العناية ولا يلزم الوكيل بالصرف فانه لا يجوز فيه ان يبيع بالاقل اصلا لان موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله انتهى اقول فيه نظر لان موكله انما لا يملك البيع بالاقل فيما اذا اتحد البدلان في الجنس واما اذا اختلفا فيه فيملكه قطعا كما تقرر في كتاب الصرف ولا يخفى ان عدم جواز بيع الوكيل بالصرف بغبن على قول الكل باتفاق الروايات غير مختص في صورة اتحاد الجنس بل يعم صورتي اتحاد الجنس واختلافه بل المسئلة مصورة في صرف المبسوط بصورة اختلاف الجنس حيث قال فيه وان وكله بالف درهم يصرفها له فباعها بدنانير وحط عنه ما لا يتغابن الناس في مثله لم يجز على الآمر انتهى فتلزم هذه الصورة قطعا ويكفي في ورود السوال على ما ذكر في الكتاب لعمري ان صاحب العناية قد خرج في شرح هذه المسئلة عن سنن الصواب وغبن في تقرير عنايته غبنا فاحشا ومع ذلك قال في آخر كلامه فعليك بهذا وتطبيقه على ما في الكتب ملاحظا بالعين البصيرة تحمد النقد لتلفيقه ان شاء الله تعالى قال اى القدوري في مختصره والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها وهي الغبن اليسير ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله وهو الغبن الفاحش وقال في شرح الاقطع وعن ابي حنيفة رح رواية اخرى انه يجوز بالقليل والكثير لعموم الامر كذا في غاية البيان حلل المصنف ما في الكتاب بقوله لان التهمة فيه اى في الشراء متحققة فلعله اى فلعل الوكيل اشتراه اى اشترى الشيء الذي وكل به لنفسه اى لاجل نفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره وهو الموكل على ما مر اشارة الى ما ذكره في فصل الشراء بقوله لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة الزمها الآمر انتهى والتهمة في باب الوكالة معتبرة ولان الوكيل بالشراء ثبت له الثمن في ذمة نفسه ويوجب لنفسه مثله في ذمة الآخر

حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه امرأة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد **قال** والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده

والانسان متهم في حق نفسه فلا يملك ان يلزم الآمر الثمن ما لم يدخل في ملكه بازائه ما يعدله ولهذا قال لو اشتريت وقبضت وهلك في يدي فهات الثمن لم يقبل قوله بخلاف الوكيل بالبيع فانه لو قال بعت وقبضت الثمن وهلك عندي كان القول قوله ولان امره بالشراء يلاقي ملك الغير وليس للانسان ولاية مطلقة في ملك الغير فلا يعتبر اطلاق امره فيه بخلاف البيع فان امره يلاقي ملك نفسه وله في ملك نفسه ولاية مطلقة ولان اعتبار العموم والاطلاق في التوكيل بالشراء غير ممكن لانه لو اعتبر ذلك لاشترى ذلك المتاع بجميع ما يملكه الموكل وبما لا يملكه من المال ونحن نعلم انه لا يقصد ذلك فحملناه على اخص الخصوص وهو الشراء بالنقد بغبن يسير في جانب البيع اعتبار العموم والاطلاق ممكن لانه لا يتسلط به على شيء الا سوى المبيع الذي رضي بزوال ملكه عنه وهذه فروق اربعة بين الوكيل بالبيع وبين الوكيل بالشرى في الغبن الفاحش ذكرت في كتاب البيوع من المبسوط حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا اي المشائخ ينفذ على الآمر اي ينفذ العقد على الآمر وان كان مع الغبن الفاحش لانتفاء التهمة لانه اي الوكيل لا يملك شراءه اي شراء ذلك الشيء المعين لنفسه واراد بقوله قالوا عامة المشائخ فان بعضهم قال تحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش وقال بعضهم لا تحمل فيه اليسير ايضا كما في الذخيرة وغيرها وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه اي زوج موكله امرأة باكثر من مهر مثلها جاز عنده اي عند ابي حنيفة رح ذكره محمد رح في الاصل في اول باب الوكالة في النكاح حيث قال واذا وكل رجل رجلا ان يزوجه امرأة بعينها فزوجها اياه فهو جائز فان زادها على مهر مثلها فهو جائز في قول ابي حنيفة رح وفي قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا زوجها بما يتغابن الناس في مثله فهو جائز وان زاد اكثر من ذلك لم يلزم الزوج النكاح الا ان يرضى واذا وكل رجل رجلا ان يزوج امرأة بعينها فتزوجها الوكيل فهو جائز وهي امرأته لا يشبه هذا الشراء لو امره ان يشتري عبدا بعينه فاشتراه الوكيل لنفسه كان العبد للآمر الى هنا لفظ الاصل قال المص ره في تعليل ما في الكتاب لانه اي الوكيل بالنكاح لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد اي في عقد النكاح فلا يتمكن هذه التهمة اي تهمة ان يعقده لنفسه ثم يلحقه بغيره ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد اي لا يضيفه الى الموكل حيث يقول اشتريت ولا يقول اشتريت لفلان يعني يجوز له الاطلاق ولا يجب عليه الاضافة الى الموكل فيتمكن تلك التهمة قال شيخ الاسلام خواهر زاده جواز عقد الوكيل بالشراء بزيادة يتغابن الناس في مثلها فيما ليس له قيمة معلومة عند اهل البلد كالعبيد والدواب وغير ذلك واما ما له قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم وغيرهما فاذا زاد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الآمر وان قلت الزيادة كالفلس مثلا قال في عيون التهمة وبه يفتى والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين هذا لفظ القدوري في مختصره ويفهم منه ان مقابله ما يتغابن فيه قال في الذخيرة تكلموا في الحد الفاصل بين الغبن اليسير والغبن الفاحش والصحيح ما روي عن محمد رح في النوادر ان كل غبن يدخل تحت تقويم المقومين فهو يسير وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فهو فاحش وقال واليه اشار في الجامع في تعليل مسئلة الزكوة قال المص ره وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده اعلم ان ظاهر سوق الكلام ههنا يشعر بان يكون مراده بذكر هذا القول تفسير الغبن الفاحش لان صريح ما ذكره سابقا كان تفسير الغبن الفاحش فاذا قال بعده وقيل في العروض الخ كان المتبادر منه ان يكون هذا ايضا تفسيرا للغبن الفاحش واما الذي يقتضيه التطبيق لما عين في سائر المعتبرات ان يكون مراده بذلك تفسير الغبن اليسير وعن هذا كان الشراح ههنا فرقتين فمنهم من تردد في تعيين مراده وجعل كلامه محتملا للمعنيين ولكن رجح واحدا منها بقبل لامر عند نفسه ومنهم من جزم بالثاني فقال بيان الغبن اليسير ولم يذكر الاحتمال الآخر وقال الشارح الكاكي من هذه الفرقة وكان قوله قبل معلوما فاختار بالتضمن قوله ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فانه اذا كان الغبن الفاحش ما لا يدخل تحت تقويمهم كان ما يدخل تحت تقويمهم غبنا يسيرا والحق عندي ان يكون ذلك تفسيرا للغبن اليسير لانه هو الموافق لما ذكره جمهور الفقهاء وعامة المشائخ في كتبهم المعتبرة منهم الامام البارع علاء الدين الاسبيجابي فانه قال في شرح الطحاوي مروي عن نصير بن يحيى انه قال قدر ما يتغابن الناس في العروض ده نيم وفي الحيوان ده يازده وفي العقار ده دوازده انتهى ومنهم الشيخ ابو المعين النسفي

لان التصرف يكثر وجوده في الاول ويقل في الاخير ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف قال واذا وكله ببيع عبد له فباع نصفه جاز
عند ابي حنيفة رح لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع الا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فاذا باع النصف به اولى وقالا لا يجوز
لانه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة
فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة واذا لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما وان وكله بشراء
عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج
الى شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين انه وقع وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق والفرق لابي حنيفة رح ان في الشراء

فانه قال في شرح الجامع الكبير اختلف المشائخ في الحد الفاصل بين القليل والكثير منهم من قال ما يتغابن الناس فيه قليل وما لا يتغابن الناس فيه كثير ومنهم من قال ما يدخل تحت تقويم المقومين فهو قليل وما لا يدخل فهو كثير ومنهم من قال ذلك مفوض الى راي القاضي ومحمد رح قدر في هذا الكتاب يعني في الجامع الكبير بده نيم ومشائخ بلخ فصلوا ذلك على ما قال الفقيه ابو القاسم بن شعيب حكي عنهم انهم قدروا اليسير في العقارات بده دوازده وفي الحيوان بده يازده وفي العروض بده نيم انتهى كلامه الى غير ذلك من الائمة الكبار المتفقين على جعل ذلك تفسير الغبن اليسير هذا وانما كان التقدير في الاقسام المذكورة على الوجه المذكور لان التصرف يكثر وجوده في الاول وهو العروض ويقل في الآخر وهو العقارات ويتوسط في الاوسط وهو الحيوان وكثرة الغبن لقلة التصرف لان الغبن يزيد لقلة التجربة وينقص بكثرتها وقلتها وكثرتها بقلة التصرف وكثرته ثم ان عشرة دراهم نصاب يقطع به يد محترمة فجعلت اصلا والدرهم مال يحبس لاجله فقدر لا يسامح به في المماكسة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيرا او هو النصف من نصفه وكان يسيرا وضوعف بعد ذلك بحسب الوقوع فما كان اقل وقوعا منه اعتبر فيه ضعفه وما كان اقل من الاقل اعتبر فيه ضعف ضعفه قال اي محمد رح في الجامع الصغير واذا وكله اي وكل رجلا ببيع عبد اي ببيع عبد له وفي بعض النسخ ببيع عبده فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة رح انما وضع المسئلة في العبد ليترتب عليه الاختلاف المذكور لانه اذا باع نصف ما وكل ببيعه وليس في تفريقه ضرر كالحنطة والشعير يجوز بالاتفاق ذكره في الايضاح قال المصنف رح لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع فيجري على اطلاقه ونور ذلك بقوله الا يرى انه لو باع الكل اي كل العبد بثمن النصف يجوز عنده اي عند ابي حنيفة رح فاذا باع النصف به اي بذلك الثمن اولى اي فهو اولى لان امساك البعض مع بيع البعض بمقدار الثمن انفع للآمر من بيع الكل بذلك الثمن وانما قيد بقوله عنده لانه لا يجوز عندهما لكونه غبنا فاحشا فان قيل انما جاز بيع الكل بثمن النصف لانه لم يتضمن عيب الشركة واما بيع النصف فيتضمن ذلك فكان هذا مخالفة من الوكيل الى شر فينبغي ان لا ينفذ على الموكل قلنا ضرر الشركة اقل واهون من ضرر بيع الكل بثمن النصف فاذا جاز هذا على قوله فلان يجوز ذاك وهو اهون اولى وقالا لا يجوز اي لا يجوز بيع نصف ذلك العبد لانه غير متعارف يعني ان التوكيل ببيع العبد ينصرف الى المتعارف وبيع النصف غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة لانها عيب الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان يختصما اي الموكل والوكيل لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه اي البيع الاول وقع وسيلة الى الامتثال واذا لم يبع الباقي ظهر انه اي البيع الاول لم يقع وسيلة الى الامتثال فلا يجوز وهذا اي كون البيع موقوفا الى ان يبيع النصف الآخر قبل الخصومة استحسان عندهما اذ القياس ان لا يتوقف لثبوت المخالفة ببيع النصف كذا في معراج الدراية وقال الامام الزيلعي في التبيين قولهما استحسان والقياس ما قاله ابو حنيفة والمعنى الاول انسب بعبارة الهداية كما لا يخفى على الفطن وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا الشقص الجزء من الشيء والنصيب كذا في المغرب فاذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين انه اي شراء البعض وسيلة الى الامتثال فينفذ على الآمر لانه يصير كانه اشتراه جملة قال المص رح وهذا اي جواب هذه المسئلة وهو كون الشراء موقوفا بالاتفاق بين ائمتنا الثلثة ثم اختلف ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في التوكيل بشراء عبد اذا اشترى نصفه فقال ابو يوسف رح ان اعتقه الآمر جاز وان اعتقه الوكيل لم يجز وقال محمد رح ان اعتقه الوكيل جاز وان اعتقه الموكل لم يجز فابو يوسف رحمه الله يقول خالف العقد موقوف على اجازة الموكل الا يرى انه لو اجازه صريحا نفذ عليه فالاعتاق اجازة منه فينفذ عليه ولا ينفذ اعتاق الوكيل لان الوكالة تناولت محلا بعينه فلم يملك الوكيل شراء النصف ولم يتوقف على اجازته فلم ينفذ اعتاقه ومحمد رح يقول انه قد خالف فيما امره به وانما التوقف على اجازته عليه من حيث ان الخلاف يتوهم رفعه بان يشتري الباقي فيرتفع الخلاف وقبل ان يشتريه بقي مخالفا فاذا اعتقه الآمر لم يجز كذا في النهاية والكفاية نقلا عن الايضاح والفرق لابي حنيفة رح اي بين البيع والشراء ان في الشراء

يتحقق التهمة على ما مر وآخر ان الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلم يعتبر فيه التقييد والاطلاق **قال** ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة او باباء يمين او باقراره فانه يرده على الآمر

يتحقق التهمة على ما مر اشارة الى قوله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه الخ يعني ان التهمة متحققة في الشراء دون البيع فافترقا من هذه الحيثية وآخر اي وفرق آخر لابي حنيفة بين البيع والشراء ان الامر بالبيع في صورة التوكيل بالبيع يصادف ملكه اي ملك الآمر فيصح اي الامر بالبيع لولاية الآمر على ملكه فيعتبر فيه اطلاقه اي اطلاق الامر والامر بالشراء في صورة التوكيل بالشراء صادف ملك الغير وهو مال البائع فلم يصح اي الامر بالشراء فلم يعتبر فيه التقييد والاطلاق اي تقييد الامر واطلاقه فيعتبر فيه المتعارف والتعارف فيه ان يشتري العبد جملة كذا في العناية وهو الذي يساعده ظاهر لفظ المص رح قال صاحب العناية بعد ما اكتفى بهذا القدر من الشرح ولقائل ان يقول هذا التعليل يقتضي ان لا يصح التوكيل بالشراء لان التوكيل بالشراء امر به وقد قال الامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح والجواب ان القياس يقتضي ذلك ولكنه صح بحديث حكيم بن حزام فان النبي صلى الله عليه وسلم وكله بشراء الاضحية واذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن الذي في ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه الى المتعارف عملا بالدلائل بقدر الامكان ولو عملنا باطلاقه كان ذلك ابطالا للقياس والعرف من كل وجه والاعمال ولو بوجه اولى الى هنا كلامه اقول في الجواب بحث وهو ان حاصله انا لم نعمل بالاطلاق في صورة التوكيل بالشراء لئلا يبطل العمل بالعرف مع كونه من الدلائل فيتجه عليه ان مقتضى هذا ان لا يعمل بالاطلاق في صورة التوكيل بالبيع ايضا لئلا يبطل العمل بالعرف كذلك فان قلت لم يعمل بالقياس في صورة الشراء فلو لم يعمل بالعرف ايضا لزم ابطال الدليلين ايضا بخلاف صورة البيع حيث عمل فيها بالقياس بناء على ان الامر فيها صادف ملك الامر قلت لا تاثير لهذا الفرق ههنا لانا انما تركنا القياس في صورة الشراء بالنص وهو اقوى من القياس فبقي الكلام في العرف فلو جاز تقييد الاطلاق به في صورة الشراء بناء على وجوب العمل بالدلائل بقدر الامكان لجاز تقييده به في صورة البيع ايضا بناء على ذلك وقال صاحب غاية البيان في شرح الفرق الثاني ان الامر في صورة التوكيل بالبيع صادف ملك الامر فصح امره لولايته على ملكه فاعتبر اطلاق الامر فجاز بيع النصف لان الامر وقع مطلقا عن الجمع والتفريق فاما الامر في صورة التوكيل بالشراء فصادف ملك الغير وهو مال البائع فلم يصح الامر مقصودا لانه لا ملك للآمر في مال الغير وانما صح ضرورة الحاجة اليه ولا عموم لما ثبت ضرورة فلم يعتبر اطلاقه فلم يجز شراء البعض لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وذلك يتادى بالمتعارف وهو شراء الكل لا البعض لان الغرض المطلوب من الكل لا يحصل بشراء البعض الا اذا اشترى الباقي قبل ان يختصما فيجوز على الامر لانه حصل مقصوده انتهى اقول هذا القدر من البيان وان كان غير مفهوم من ظاهر لفظ المص رح الا انه حينئذ لا يتوجه السؤال الذي ذكره صاحب العناية ولا يحتاج الى ما ارتكبه في جوابه كما لا يخفى على المتامل قال اي محمد رح في بيوع الجامع الصغير ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وسلمه وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري عليه اي على البائع المشتري بعيب لا يحدث مثله اي لا يحدث مثله اصلا كالاصبع الزائدة والسن الثابتة ولا يحدث مثله في مثل هذه المدة بقضاء القاضي متعلق برده اي رده بقضاء القاضي وهو احتراز عما اذا كان الرد بغير قضاء كما سياتي ببينة متعلق بقضاء القاضي اي قضاؤه ببينة المشتري او باباء يمين اي او قضاء باباء البائع عن اليمين عند توجهها اليه او باقراره اي قضائه باقرار البائع فانه اي البائع وهو المامور يرده اي يرد العبد الذي رد عليه على الآمر بلا حاجة الى خصومة اذ الرد على الوكيل في هذه الصورة رد على الموكل فان قيل اذا اقر الوكيل بالعيب فلا حاجة حم الى قضاء القاضي لانه يقبله لا محالة فما معنى ذكر قضاء القاضي مع الاقرار قلنا يمكن ان يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول فقضاء القاضي كان جبرا عليه على القبول كذا في النهاية وكثير من الشروح واجاب صاحب الغاية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال فان قلت ان كان الوكيل مقرا بالعيب يرد عليه فلا حاجة الى قضاء القاضي فما فائدة ذكره قلت الكلام وقع في الرد على الموكل فاذا كان الرد على الوكيل باقراره بلا قضاء لا يرد

لان القاضی تیقن بحدوث العیب فی ید البائع فلم یکن قضاؤہ مستندا الی ھذہ الحجج وتاویل اشتراطھا فی الکتاب ان القاضی یعلم انہ لا یحدث مثلہ فی مدۃ شہر مثلا لکنہ اشتبہ علیہ تاریخ البیع فیحتاج الی ھذہ الحجج لظہور التاریخ او کان عیبا لا یعرفہ الا النساء او الاطباء وقولھن وقول الطبیب حجۃ فی توجہ الخصومۃ لا فی الرد فیفتقر الیھا فی الرد

علی الموکل وان کان عیبا لا یحدث مثلہ فی عامۃ روایات المبسوط فظہرت الفائدۃ اذن فافہمہ واغتنمہ انتہی کلامہ اقول ہذا الجواب لیس لشافٍ اذ ہو لا یحسم عرق السوال لان ہاتیک الفائدۃ مترتبۃ علی وقوع القضاء ای حاصلۃ بعد حصولہ وکلام السائل فی سبب وقوع القضاء ابتداء یعنی ان القضاء انما شرع لفصل الخصومات ودفع المنازعات ولا شک ان فصل الخصومۃ ورفع المنازعۃ فرع تحقق الخصومۃ والمنازعۃ فیما اذا اقر الوکیل بالعیب لا خصومۃ ولا منازعۃ فلا حاجۃ الی القضاء راسا فبای سبب یقع القضاء حتی یترتب علیہ تلک الفائدۃ فالجواب الثانی ہو الاول لان امتناع المقر بالعیب عن قبول العیب یقتضی الاحتیاج الی وقوع القضاء علیہ بالجبر علی القبول قال المصنف فی تعلیل المسئلۃ المذکورۃ لان القاضی تیقن بحدوث العیب فی ید البائع اذ الکلام فی عیب لا یحدث مثلہ فلم یکن قضاؤہ مستندا الی ہذہ الحجج یعنی البینۃ والنکول والاقرار قال جماعۃ من الشراح ہذا جواب عن سوال سائل وہو ان یقال لما کان العیب لا یحدث مثلہ کالاصبع الزائدۃ لم یتوقف قضاء القاضی علی وجود ہذہ الحجج بل ینبغی ان یقضی القاضی بدونہا لعلمہ قطعا بوجود ہذا العیب عند البائع فاجاب بان قال لم یکن قضاؤہ مستندا الی ہذہ الحجج الخ اقول لا یذہب علی من لہ ذوق صحیح ان معنی ہذا الکلام وان کان صالحا لان یکون جوابا عن ذلک السوال الا ان تفریع قولہ فلم یکن قضاؤہ مستندا الی ہذہ الحجج علی ما قبلہ بادخال الفاء علیہ یابی ذلک جدا لان منشأ السوال ما قبل ہذا القول فکیف یتم تفریع الجواب علیہ وکان صاحب النہایۃ ذاق ہذہ البشاعۃ حیث قال فی شرح قولہ فلم یکن قضاؤہ مستندا الی ہذہ الحجج ہذا الذی ذکرہ دفع لسوال سائل فقرر السوال بالوجہ المذکور ثم لما جاء الی تقریر الجواب قال فاجاب عنہ بقولہ وتاویل اشتراطہا فی الکتاب ان القاضی یعلم الخ فجعل الجواب قولہ وتاویل اشتراطہا فی الکتاب الخ دون قولہ فلم یکن قضاؤہ مستندا الی ہذہ الحجج لکن لا یجدی ذلک طائلا اما اولا فلانہ قد اعترف ابتداء فی شرح قولہ فلم یکن قضاؤہ الی آخرہ بان ہذا دفع لذلک السوال واما ثانیا فلانہ لا مجال لاخراج قولہ فلم یکن قضاؤہ مستندا الی ہذہ الحجج عن جواب ذلک السوال وادخالہ فی التعلیل السابق لان التعلیل المذکور قد تم بدون القول المذبور والجواب عن ذلک السوال لا یتم بدون ہذا کما لا یخفی واما صاحب معراج الدرایۃ وغیرہ لما راوا معنی الکلام بمقتضی المقام غیر قابل للصرف الی غیر ذلک صرحوا بان قولہ فلم یکن قضاؤہ مستندا الخ جواب عن ذلک السوال ولکن لم یتعرض احد منہم لبیان نکتۃ الفاء فتلخص مما ذکرنا انہ لو قال المصنف ولم یکن قضاؤہ مستندا الی ہذہ الحجج بتبدیل الفاء بالواو لکان کلامہ اسلم واوفی وتاویل اشتراطہا ای اشتراط ہذہ الحجج فی الکتاب یعنی الجامع الصغیر ان القاضی یعلم انہ ای العیب المذکور لا یحدث مثلہ فی مدۃ شہر مثلا لکنہ اشتبہ علیہ ای علی القاضی تاریخ البیع فیحتاج الی ہذہ الحجج ای واحدۃ منہا لظہور التاریخ ای لاجل ظہور التاریخ عندہ حتی یتبین لہ ان ہذا العیب کان فی ید البائع فیرد المبیع علیہ او کان عیبا اشارۃ الی تاویل آخر ای او کان العیب الذی یرید المشتری الرد بہ عیبا لا یعرفہ الا النساء کالقرن فی الفرج ونحوہ او الاطباء ای او عیبا لا یعرفہ الا الاطباء کالدق والسعال القدیم وقولہن ای قول النساء وقول الطبیب حجۃ فی توجہ الخصومۃ للمشتری لا فی الرد ای لیس بحجۃ فی الرد علی البائع فیفتقر ای القاضی الیہا ای الی الحجج المذکورۃ فی الرد علی البائع اقول فی ہذا التاویل نظر اذ علی ہذا لا یتم قول المصنف فیما مر آنفا فلم یکن قضاؤہ مستندا الی ہذہ الحجج والاحتیاج الی التاویل انما کان لاجل تتمیم ذلک بل علی ہذا لا یتم جواب اصل المسئلۃ ایضا اذ ینبغی حینئذ ان یکون الجواب فی الرد علی المامور بعیب لا یحدث مثلہ مثل الجواب فی الرد علیہ بعیب یحدث مثلہ فی صورۃ ان کان ذلک باقرار لانہ لما لم یکن قول النساء ولا قول الاطباء حجۃ فی حق الرد بل کان القاضی فیہ مفتقرا الی احدی الحجج المذکورۃ فیما لا یحدث مثلہ ایضا کان قضاؤہ علی المامور باقرارہ قضاء بحجۃ قاصرۃ لم یضطر المامور الیہا فینبغی ان لا یتعدی الی الامر بعین ما ذکروا فیما یحدث مثلہ فتامل ثم ان صاحب الکافی زاد ہہنا تاویلا ثالثا وقدمہ علی التاویلین اللذین ذکرہما المصنف حیث قال ومعنی شرط البینۃ والنکول والاقرار ان یشتبہ علی القاضی ان ہذا العیب قدیم ام لا او علم انہ لا یحدث فی مدۃ شہر مثلا

حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شئ منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة قال وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باباء يمين لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسة المبيع فلزم الآمر قال فان كان ذلك باقرار لزم المأمور لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكانه السكوت والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء باقراره والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما

ولكن لا يعلم تاريخ البيع فاحتاج الى هذه الحجج ليظهر التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء كالقرن في الفرج ونحوه وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة ولكن لا يثبت الرد بقولهن فيفتقر الى هذه الحجج للرد انتهى وذكره صاحب غاية البيان ايضا اقول ذلك التاويل مما لا يرى له وجه صحة ههنا لان الكلام في الرد بعيب لا يحدث مثله والعيب الذي يشتبه على القاضي انه قديم ام لا مما يحدث مثله اذ لا شك ان المراد بما يحدث مثله ما يجوز ان يحدث مثله عند المشتري لا ما يتعين حدوثه عنده والا لما صح رده على البائع ولو بحجة وان المراد بما لا يحدث مثله ما لا يجوز ان يحدث مثله عند المشتري فالذي يشتبه انه قديم ام لا مما يجوز ان يحدث مثله والا لما اشتبه حاله فان ما لا يجوز ان يحدث مثله قديم البتة حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج اي القاضي الى شئ منها اي من تلك الحجج وهو اي الرد على الوكيل رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة مع الموكل لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل وكذلك اذا رده اي وكذلك الحكم اذا رد المشتري العبد عليه اي على الوكيل بعيب اي بسبب عيب يحدث مثله ببينة متعلق برده اي رده عليه ببينة او باباء يمين او بالنكول عن اليمين لان البينة حجة مطلقة اي كاملة فيتعدى كذا في العناية وهو الظاهر وقيل اي شبهة عند الناس كافة فيثبت بها قيام العيب عند الموكل فينفذ الرد على الموكل كذا في معراج الدراية اخذا من الكافي والوكيل مضطر في النكول هذا جواب عن خلاف زفر في اباء اليمين فانه قال لو رد على الوكيل بنكوله لم يكن له ان يرده على الموكل كمن اشترى شيئا وباعه من غيره ثم ان المشتري الثاني وجد عيبا فرده على المشتري الاول بنكوله لم يكن له ان يرده على بائعه فيجعل هذا كما لو رد عليه باقراره سواء في حق البائع فكذا في حق الوكيل ولكنا نقول الوكيل مضطر في هذا النكول لبعد العيب عن علمه اي عن علم العيب باعتبار عدم ممارسته المبيع فانه لم يمارس احوال المبيع وهو العبد فلا يعرف بعيب ملك الغير فيخاف ان يحلف كاذبا فينكل والموكل هو الذي اوقعه في هذه الورطة فكان الخلاص عليه فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة فيلزم الامر اي فيلزم العبد الآمر فيلزم حكم النكول الآمر بخلاف ما اذا اقر فانه غير مضطر الى الاقرار لانه يمكنه ان يسكت حتى يعرض عليه اليمين ويقضي عليه بالنكول فيكون هو في الاقرار مختارا لا مضطرا وبخلاف المشتري الاول فانه مضطر الى النكول ولكن في عمل باشره لنفسه فلا يرجع بعهدة عمله على غيره كذا في المبسوط والفوائد الظهيرية قال اي محمد رح في الجامع الصغير فان كان ذلك اي الرد على الوكيل باقرار اي باقراره لزم المأمور اي لزم العبد المأمور وهو الوكيل لان الاقرار حجة قاصرة فيظهر في حق المقر دون غيره وهو اي المأمور غير مضطر اليه اي الى الاقرار لامكانه السكوت والنكول يرفع السكوت والنكول يعني يمكنه السكوت والنكول حتى يعرض عليه اليمين ويقضي عليه بالسكوت والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل يعني لكن للوكيل ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله وبنكول الموكل قال بعض الفضلاء لم يذكر الاقرار اذ لا فائدة في المخاصمة ههنا اذا كان مقرا بخلاف الوكيل انتهى اقول ليس هذا بتام اذ يجوز ان يقر الموكل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول ففائدة الخصومة ان يجبره القاضي على القبول كله قالوا في اقرار الوكيل على انه يجوز ان يظهر اقرار الموكل بعد مخاصمة الوكيل لا قبلها فلا معنى لقوله اذ لا فائدة في المخاصمة ههنا اذا كان مقرا فتدبر بخلاف ما اذا كان الرد اي الرد باقرار الوكيل بغير قضاء يعني ان ما سبق من ان للوكيل ان يخاصم الموكل فيما اذا كان الرد على الوكيل بقضاء القاضي باقراره واما اذا كان ذلك بغير قضاء والعيب يحدث مثله فبخلافه حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه يعني الموكل لانه اي الرد بالاقرار والرضا من غير قضاء بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حق المتعاقدين والبائع يعني الموكل ثالثهما اي ثالث المتعاقدين وهما الوكيل والمشتري قال صاحب غاية البيان وكان ينبغي ان يقول ان يخاصم موكله او يقول امره كان ينبغي ايضا ان يقول مكان قوله والبائع ثالثهما والموكل ثالثهما او والآمر ثالثهما لان الكلام في مخاصمة الوكيل مع الموكل وهو ليس ببائع انتهى واعتذر عنه صاحب العناية بان قال عبر عنه بالبائع لان المبيع لما انتقل

والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصمه ومن حيث القصور في الحجة لا يلزم الموكل الا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصمه لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد

الى الوكيل ويقر عليه بامر قد حصل من جهته وكانه باعه اياه انتهى والرد بالقضاء فسخ هذا جواب سوال وهو ان يقال ينبغي ان لا يكون للوكيل حق الخصومة مع الموكل اصلا فيما اذا حصل الرد باقرار الوكيل لكونه بيعا جديدا في حق الموكل فقال الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي يعني ان الرد بالقضاء لا يحتمل ان يكون عقدا مبتدأ لفقد شرطه وهو التراضي لان القاضي يرده على كره منه فيجعل فسخا لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار يعني لكن الفسخ استند الى حجة قاصرة وهي الاقرار فعملنا بالجهتين فمن حيث الفسخ اي من حيث ان الرد بالقضاء فسخ كان له اي للوكيل ان يخاصمه اي مع الموكل ومن حيث القصور اي من حيث ان الاقرار حجة قاصرة لا يلزم الموكل الا بحجة اي الا باقامة الوكيل الحجة على الموكل قال صاحب العناية وهذه فائدة الحاجة الى القضاء مع الاقرار فيسقط ما قال في النهاية اذا اقر الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ الى قضاء الا انه يقبله لا محالة انتهى اقول فيه بحث اذ قد عرفت فيما ذكرناه من قبل ان هذه الفائدة فائدة مترتبة على تحقق القضاء حاصلة بعد حصوله وما قال في النهاية انما هو في اصل تحقق القضاء وحصوله ابتداء فانه اذا اقر الوكيل بالبيع لم يبق هناك حاجة الى قضاء فمن اين يتحقق القضاء حتى يترتب عليه الفائدة المذكورة وهذا كلام جيد لا يسقط بما توهمه صاحب العناية فان للسائل ان يقول ثبت العرش ثم النقش ثم ان صاحب العناية لم يثبت على ذلك القول بل ذكره بطريق السوال واجاب عنه بان يقول يمكن ان يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك عن القبول فيقضي القاضي كان جبرا عليه على القبول انتهى وقد ذكرنا السوال والجواب في اول المسئلة ولا يخفى ان ذلك الجواب جواب حسن ووجه وجيه فان فيه لسند وجها عن التوجيه الذي تمحل به المص في باب خيار العيب في مسئلة رد المشتري الثاني على المشتري الاول بعيب بقضاء القاضي باقرار او بينة او باباء يمين حيث قال هناك ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة انتهى فتفكر فان قيل اذا كان الرد باقرار الوكيل بغير قضاء ينبغي ان يكون له ولاية الرد على الموكل كما في الوكيل بالاجارة فانه اذا آجر وسلم ثم طعن المستاجر فيه بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء فانه يلزم الموكل ولم يعتبر اجارة جديدة في حق الموكل فكذا هذا قلنا من اصحابنا من قال لا فرق بينهما في الحقيقة لان المعقود عليه في اجارة الدار لا يصير مقبوضا بقبض الدار ولهذا لو تلف بانهدام الدار كان في ضمان الموجر فيكون هذا من البيع بمنزلة ما لو قبله الوكيل بالعيب قبل القبض بغير قضاء وهناك يلزم الامر فكذا في الاجارة وقال شمس الائمة السرخسي وفي الكتاب علل للفرق بين الفصلين وقال ان فسخ الاجارة ليس باجارة في حق احد لان على احد الطريقين الاجارة عقود متفرقة تتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنافع فبعد الرد بالعيب يمتنع الانعقاد لا ان يجعل ذلك عقدا مبتدأ وعلى الطريقة الاخرى العقد منعقد باعتبار اقامة الدار مقام المعقود عليه وهو المنفعة وهذا حكم قد ثبت بالضرورة فلا يعدو موضعها ولا ضرورة الى ان يجعل الرد بالعيب عقدا مبتدأ لقيام الدار مقام المنفعة كذا في النهاية ومعراج الدراية ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء اي كان الرد بغير قضاء باقراره اي باقرار الوكيل يلزم الموكل من غير خصومة في رواية اي في رواية كتاب البيوع من الاصل لان الرد متعين وذلك لانهما فعلا غير ما يفعله القاضي لو رفع الامر اليه فانهما لو رفعا الامر اليه في عيب لا يحدث مثله رده على الوكيل ولا يكلفه اقامة الحجة على ذلك وكان ذلك ردا على الموكل قال في الكافي فاذا تعين الرد صار تسليم الخصم كتسليم القاضي سواء كتسليم الشفعة وقضاء الدين والرجوع في الهبة وفي عامة الروايات اي عامة روايات المبسوط ليس له اي للوكيل ان يخاصمه يعني لا يلزم الموكل وليس للوكيل ان يخاصمه لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه بيع جديد في حق ثالث والحق اي حق المشتري في وصف السلامة هذا جواب عن قوله في رواية كتاب البيوع لان الرد متعين يعني لا نسلم ان الرد متعين لان حق المشتري يثبت اولا في الجزء الفائت وهو وصف السلامة ثم ينتقل ضرورة العجز عن ذلك الى الرد ثم ينتقل بامتناع الرد بحدوث عيب او بحدوث زيادة في المبيع الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد فيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل التحول الى غيره فلا يتم القياس لعدم الجامع قال المص رح

وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا قال ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المامور امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق قال وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق فيه بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند ابي حنيفة رح وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان

وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا يريد بالكفاية كفاية المنتهى وهي شرح للبداية الفها المصنف قبل الهداية كما ذكره في الديباجة ولم نعلم وجود نسخها الآن ومن آثارها ان احدا ما قال الامام الزيلعي في التبيين بعد بيان المقام على الوجه المذكور وهذا ذكر الروايتان في شروح الجامع الصغير وغيرها وبين الروايتين تفاوت كثير لان فيه تنزلا من اللزوم الى ان لا يخاصم بالكلية وكان الاقرب ان يقال لا يلزمه وكان له ان يخاصم انتهى اقول ولعمري ان رتبته لا تحتمل الاقدام على مثل هذا الكلام لان ما عده اقرب قول ثالث لا رواية فيه عن المجتهدين فكيف يصح الجرأة عليه من عند نفسه سيما بعد الاطلاع على الادلة المذكورة فانها تقتضي احدى الروايتين البتة لا غير كما لا يخفى على المتامل قال اي قال محمد رح في الجامع الصغير ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المامور امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر يعني اذا اختلفا الآمر والمامور في اطلاق التصرف وتقييده فقال الآمر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المامور بل امرتني ببيعه ولم تقل شيئا زائدا عليه فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد من جهته اي من جهة الآمر ومن يستفاد الامر من جهته فهو اعلم بما قاله فكان هو المعتبر الا اذا كان في العقد ما يخالف مدعاه وليس بموجود وقد اشار اليه بقوله ولا دلالة على الاطلاق اذ الامر بالبيع قد يكون مقيدا وقد يكون مطلقا ولا دليل على احد الوجهين على ان الاصل في عقد الوكالة التقييد لان مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون ذلك فانه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيلا ببيعه الا يرى انه لو قال لغيره وكلتك بمالي او في مالي لا يملك الا الحفظ وكان مدعيا لما هو الاصل فيه فكان القول قوله قال اي محمد رح في الجامع الصغير وان اختلف في ذلك اي في الاطلاق والتقييد المضارب ورب المال فقال رب المال امرتك بالنقد وقال المضارب بل دفعت مضاربة ولم تعين شيئا فالقول قول المضارب قال صاحب العناية في تصوير الاختلاف ههنا فقال رب المال امرتك ان تعمل في البر وقال المضارب دفعت الي المال مضاربة ولم تقل شيئا اقول هذا التصوير لا يطابق المشروح وهو مسألة الجامع الصغير فان صورتها هكذا محمد رح عن يعقوب عن ابي حنيفة رح في رجل دفع الى رجل مالا مضاربة فاختلفا فقال رب المال امرتك ان تبيع بالنقد دون ما سواه وقال المضارب اعطيتني المال مضاربة ولم تقل شيئا قال القول قول المضارب الذي اخذ المال انتهى لفظ محمد رح قال المصنف في تعليل هذه المسئلة لان الاصل في المضاربة العموم يعني ان الامر وان كان مستفادا من جهة رب المال الا ان في العقد ما يخالف دعواه بناء على ان الاصل في المضاربة العموم والاطلاق الا ترى انه اي المضارب يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة يعني ان المضاربة يصح عند الاطلاق ويثبت الاذن عاما فقامت دلالة الاطلاق اي فقامت دلالة الاطلاق فمن ادعى الاطلاق في المضاربة كان مدعيا لما هو الاصل فيها فكان القول قوله بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع اي في نوع مسمى والمضارب في نوع آخر اي ادعى المضارب المضاربة في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق فيه بتصادقهما فنزل اي عقد المضاربة الى الوكالة المحضة وفيها القول للآمر كما مر آنفا ثم مطلق الامر بالبيع في صورة الوكالة ينتظمه اي ينتظم البيع نقدا ونسيئة الى اي اجل كان متعارفا عند التجار في تلك السلعة او غير متعارف فيها عند ابي حنيفة رح وعندهما يتقيد باجل متعارف حتى لو باع باجل غير متعارف عند التجار بان باع الى خمسين سنة جاز عنده خلافا لهما والوجه قد تقدم من الجانبين قد تقدم في مسئلة الوكيل بالبيع فان ابا حنيفة رح عمل بالاطلاق وهما بالمتعارف قال صاحب الغاية وكان الانسب ان يذكر مسئلة النسيئة في اوائل الفصل عند قوله والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير كما اشار الى ذلك الموضع بقوله والوجه قد تقدم قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع اي الرهن في يده او اخذ به اي بالثمن كفيلا فتوى المال عليه اي على الكفيل فلا ضمان عليه اي على المامور قال الكاكي في معراج الدراية فلا ضمان عليه اي على الكفيل وتبعه اي الشارح العيني اقول لا وجه له اصلا اذ الضمان على الكفيل امر مقرر ليس بمحل الشك فضلا عن الحكم بخلافه وانما الكلام في عدم الضمان على الوكيل اذا

لان الوكيل اصيلٌ فی الحقوق وقبضُ الثمن منها والكفالة توثقٌ به والارتهانُ وثيقةٌ لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابةً وقد انابه فی قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالةً ولهذا لايملك الموكل حجره عنه **فصل** واذا وكّل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكّلا به دون الآخر وهذا فی تصرفٍ يحتاج فيه الى الرأی كالبيع والخلع وغير ذلك

محل الشبهة فهو مورد البيان اى يرى الى قول المصنف فی تعليل المسئلة لان الوكيل اصيل فی الحقوق اى فی حقوق العقد وقبض الثمن منها اى من الحقوق والكفالة توثق به اى بالثمن والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء اى لجانب استيفاء الثمن فقد ازداد بالكفالة والرهن معنى الوثيقة فكانا موكدين لحق استيفاء الثمن فيملكهما اى فيملكهما الوكيل فاذا ضاع الرهن فی يده لم يضمن لان استيفاء الرهن كاستيفاء الثمن من حيث انه بدله اقيم مقامه ولو هلك الثمن فی يده هلك امانة فكذا الرهن قيل المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لايتحقق فی الكفالة لان الاصيل لايبرأ وقيل بل هی على حقيقتها والتوى فيها بان يموت الكفيل والاصيل مفلسين وقيل التوى فيها بان يرفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل فيحكم على البراءة ويموت الكفيل مفلسا كذا فی الشروح واعلم ان القول الثالث هو المذهب ذهب اليه صاحب الكافی حيث قال يتوى المال على الكفيل بان رفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك فيحكم ببراءة الاصيل فيتوى المال على الكفيل انتهى وان الامام الزيلعی قد اختار ذلك وزيف القولين الاولين حيث قال فی التبيين وفی النهاية المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لايتحقق فی الكفالة وقيل الكفالة على حقيقتها فان التوى يتحقق فيها بان مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين وهذا كله ليس بشیء لان المراد ههنا توى مضاف الى اخذه الكفيل بحيث انه لو لم ياخذ كفيلا لما توى كما فی الرهن والتوى الذی ذكره ههنا غير مضاف الى اخذه الكفيل بدليل انه لو لم ياخذ كفيلا ايضا التوى بموت من عليه الدين مفلسا وحمله على الحوالة فاسد لان الدين لايتوى فيها بموت المحال عليه مفلسا بل يرجع به على المحيل وانما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة والاوجه ان يقال المراد بالتوى توى مضاف الى اخذه الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة الى حاكم يرى براءة الاصيل عن الدين بالكفالة ولايرى الرجوع على الاصيل بموته مفلسا مثل ان يكون القاضی مالكيا ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا الى ههنا كلامه قال بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا اخذ بالدين رهنا او كفيلا فانه لايجوز لانه اى الوكيل بقبض الدين يفعل نيابة اى يتصرف نيابة عن الموكل حتى اذا نهاه الموكل عن القبض صح نهيه وقد انابه فی قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن فيقتصر على قدر المامور به دون غيره والوكيل بالبيع يقبض اى يقبض الثمن اصالة لانيابة ولهذا لايملك الموكل حجره عنه اى عن قبض الثمن فينزل الوكيل فی ذلك منزلة المالك والمالك لو اخذ بالثمن رهنا او اخذ به كفيلا جاز فكذلك الوكيل بالبيع

فصل لما ذكر حكم وكالة الواحد ذكر فی هذا الفصل حكم وكالة الاثنين لما ان الاثنين بعد الواحد فكذلك حكمهما كذا فی الشروح قال فی غاية البيان بعد ذكر هذا الوجه ولكن مع هذا لم يكن لذكر الفصل كثير حاجة الا ان يقال يفهم ههنا شیء آخر غير الوكالة بالبيع وهو الوكالة بالخلع والطلاق والتزويج والكتابة والاعتاق والاجارة وهذا احسن انتهى واذا وكّل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكّلا به دون الآخر هذا لفظ القدوری فی مختصره اعلم ان هذا الحكم فيما اذا وكّلهما بكلام واحد بان قال وكّلتكما ببيع عبدی او بخلع امرأتی واما اذا وكّلهما بكلامين كان لكل واحد منهما ان ينفرد بالتصرف كما صرح به فی المبسوط حيث قال فی باب الوكالة بالبيع والشراء واذا وكّل رجلا ببيع عبده ووكّل آخر به ايضا فايهما باع جاز لانه رضی برأی كل واحد منهما على الانفراد حين وكّله ببيعه وحده بخلاف الوصيين اذا اوصى الى كل واحد منهما فی عقد على حدة حيث لاينفرد واحد منهما بالتصرف فی اصح القولين لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة وههنا حكم الوكالة يثبت بنفس التوكيل فاذا انفرد كل واحد منهما بالعقد استبد كل واحد منهما بالتصرف انتهى قال المصنف وهذا اى الحكم المذكور فی مختصر القدوری وهو عدم جواز تصرف احد الوكيلين دون الآخر فی تصرف يحتاج فيه الى الرأی كالبيع والخلع وغير ذلك اقول فيه شیء وهو انه لو كان مراد الذی ذكره القدوری فی مختصره مقيدا بتصرف يحتاج فيه الى الرأی لما احتاج الى استثناء امور اربعة من الامور الخمسة التی استثنى التوكيل بها من الحكم المذكور وهی ما سوى الخصومة لانها مما لايحتاج فيه الى الرأی كما سياتی التصريح به من المصنف ومع ذلك لما تم الجمع بين تلك الامور الخمسة فی الاستثناء بكلمة واحدة

لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري **قال** الا ان يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء والرأي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة **قال** او بطلاق زوجته بغير عوض او بعتق عبده بغير عوض او برد وديعة عنده

لان الاستثناء يصير حينئذ متصلا بالنظر الى التوكيل بالخصومة ومنقطعا بالنظر الى التوكيل بما سواها وقد تقرر في كتب الاصول ان صيغة الاستثناء حقيقة في المتصل مجاز في المنقطع فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز فالاظهر ان كلام القدوري ههنا مطلق وبعد الاستثناء الآتي يخرج منه ما لا يحتاج فيه الى الرأي وما يحتاج فيه الى الرأي ولكن يتعذر الاجتماع عليه كالخصومة ويصير الاستثناء متصلا بالنظر الى الكل فينتظم المقام ويتضح المرام فان قلت ليس مراد المصنف ان كلام القدوري ههنا مقيد بما ذكره المصنف قبل دخول الاستثناء عليه حتى يرد عليه ما ذكر بل مراده بيان حاصل المعنى بملاحظة دخول الاستثناء الآتي عليه قلت حاصل المعنى ههنا بملاحظة الاستثناء الآتي ان يكون التوكيل في تصرف يحتاج فيه الى الرأي ولا يتعذر الاجتماع عليه وهذا اخص مما ذكره المصنف فبيان المعنى ههنا بما ذكره لا يطابق الحاصل من كلام القدوري لا قبل الاستثناء ولا بعده فلا يجدي كثير طائل كما لا يخفى وقال المصنف في تعليل اصل المسألة لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما اذ لا يتأتى برأي احدهما ما يتأتى برأيهما حتى ان رجلا لو وكل رجلين ببيع او شراء فباع احدهما او اشترى والآخر حاضر لم يجز الا ان يجيز الآخر وفي المنتقى وكل رجلين ببيع عبده فباعه احدهما والآخر حاضر فاجاز بيعه جاز وان كان غائبا عنه فاجاز لم يجز في قول ابي حنيفة رح كذا في الذخيرة وذكر في المبسوط لو وكل رجلين ببيع شيء واحدهما عبد محجور او صبي لم يجز للآخر ان ينفرد ببيعه لانه ما رضي ببيعه وحده حين ضم اليه رأي الآخر ولو كان حرين فباع احدهما والآخر حاضر فاجاز كان جائزا لان تمام العقد برأيهما ولو مات احدهما او ذهب عقله لم يكن للآخر ان يبيعه وحده لانه ما رضي برأيه وحده والبدل وان كان مقدرا هذا جواب شبهة وهي انه اذا قدر الموكل البدل في البيع ونحوه لا يحتاج الى الرأي فينبغي ان ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في ذلك كما في التوكيل بالاعتاق بغير عوض فاجاب عنها بان البدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري يعني ان تقدير البدل انما يمنع النقصان لا الزيادة وربما يزداد الثمن عند اجتماعهما لذكاء احدهما وهدايته دون الآخر فيحتاج الى رأيهما من هذه الحيثية وكذا اختيار احدهما المشتري الذي لا يماطل في الثمن دون الآخر فيحتاج الى ذلك من هذه الحيثية ايضا قال اي القدوري في مختصره الا ان يوكلهما بالخصومة هذا استثناء من قوله فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر يعني ان احد الوكيلين لا يتصرف بانفراده الا في الخصومة فانه لو خاصم احدهما بدون الآخر جاز وذكر في الفوائد الظهيرية فاذا انفرد احدهما بالخصومة هل يشترط حضرة صاحبه في خصومته لبعض مشايخنا قالوا يشترط وبعض مشايخنا على انه لا يشترط واطلاق محمد رح يدل على هذا قال المصنف في تعليل ما في الكتاب لان الاجتماع فيها اي في الخصومة متعذر للافضاء الى الشغب بالتسكين تهييج الشر ولا يقال شغب بالتحريك كذا في الصحاح في مجلس القضاء ولا بد من صيانة مجلس القضاء عن الشغب لان المقصود فيه اظهار الحق وبالشغب لا يحصل ولان فيه ذهاب مهابة مجلس القضاء فلما وكلهما بالخصومة مع علمه بتعذر اجتماعهما صار راضيا بخصومة احدهما والرأي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة اشارة الى دفع قول زفر رح فانه قال ليس لاحدهما ان يخاصم دون صاحبه فان الخصومة يحتاج فيها الى الرأي والموكل انما رضي برأيهما وجه الدفع ان المقصود وهو اجتماع الرأيين يحصل بتقويم الخصومة سابقا عليها فيكتفى بذلك قال اي القدوري في مختصره او بطلاق زوجته بغير عوض هذا وما بعده معطوف على المستثنى وهو قوله بالخصومة اي وان يوكلهما بطلاق زوجته بغير عوض فان لاحدهما ان يطلقها بانفراده او بعتق عبده بغير عوض اي وان يوكلهما بعتق عبده بغير عوض فان لاحدهما ان يعتقه وحده او برد وديعة عنده اي وان يوكلهما برد وديعة فان لاحدهما ان يردها منفردا وقيد بردها اذ لو وكلهما بقبض وديعة له لم يكن لواحد منهما ان ينفرد بالقبض صرح به في الذخيرة فقال قال محمد رح في الاصل اذا وكل رجلين بقبض وديعة له فقبض احدهما بغير اذن صاحبه كان ضامنا لانه شرط اجتماعهما على القبض واجتماعهما عليه ممكن وللموكل فيه فائدة لان حفظ اثنين انفع فاذا قبض احدهما صار قابضا بغير اذن المالك فيصير ضامنا ثم قال فان قيل ينبغي

او قضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الراى بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رأيهما الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما

ان يصير ضامنا للنصف لان كل واحد منهما مامور بقبض النصف قلنا كل واحد منهما مامور بقبض النصف اذا اقبض مع صاحبه واما في حالة الانفراد فغير مامور بقبض شئ منه انتهى وذكر صاحب العناية مضمون ما في الذخيرة ههنا ولكن ما عزاه الى الذخيرة وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن العناية وفيه كلام وهو ان هذا انما يتم فيما لا يقسم عند ابى حنيفة رح على ما يجئ في الوديعة انتهى اقول ليس كلامه بشئ اذ منشاؤه الغفول عن قيد الاذن فان الذى سيجئ في الوديعة هو انه ان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن الآخر وهذا عند ابى حنيفة رح وقالا لاحدهما ان يحفظه باذن الآخر في الوجهين انتهى ولا يخفى ان المفهوم عنه ان لا يجوز حفظ احدهما للكل بلا اذن صاحبه في الوجهين معا بلا خلاف فان لا يجوز ذلك باذن الآخر ايضا فيما يقسم عند ابى حنيفة رحمه الله خلافا لهما وما ذكر في الذخيرة وفي العناية انما هو فيما اذا قبض احدهما الكل بغير اذن صاحبه فهو تام في الوجهين معا بالاتفاق او قضاء دين عليه اى او ان يوكلهما بقضاء دين على الموكل فان لاحدهما الانفراد فيه ايضا لان هذه الاشياء يعنى الطلاق بغير عوض والعتاق بغير عوض ورد الوديعة وقضاء الدين لا يحتاج فيها الى الراى بل هو اى بل اداء الوكالة فيها تعبير محض اى تعبير محض لكلام الموكل وعبارة المثنى والواحد سواء لعدم الاختلاف في المعنى فيها اى جواز انفراد احدهما بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما حيث لا يجوز انفراد احدهما في هاتين الصورتين لانه اى لان ما قاله لهما فيهما تفويض الى رأيهما فلا بد من اجتماعهما ونور ذلك بقوله الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس كما مر في باب تفويض الطلاق واذا كان تمليكا صار التطليق مملوكا لهما فلا يقدر احدهما على التصرف في ملك الآخر فان قيل ينبغى ان يقدر احدهما على ايقاع نصف تطليقة اجيب بان فيه ابطال حق الآمر اذ بايقاع النصف تقع تطليقة كاملة فان قيل لا ابطال ههنا ضمنى فلا يعتبر اجيب بانه لا حاجة الى ذلك الابطال مع قدرتهما الى الاجتماع وقال بعض الفضلاء قوله الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس منقوض بقوله طلقاها فانه تمليك ايضا كما سبق في باب الاختلاف في الشهادة لا مدخل للاقتصار على المجلس في كونه تمليكا انتهى اقول جميع مقدمات دليله على النقض سقيم اما قوله فانه تمليك ايضا فانه خلاف المقرر لان قوله طلقاها بدون التعليق بالمشية توكيل لا تمليك وقد صرح به المصنف في باب تفويض الطلاق حيث قال وان قال لرجل طلق امرأتي فله ان يطلقها في المجلس وبعده وله ان يرجع لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فصار تمليكا لا توكيلا انتهى واما قوله كما سبق في باب الاختلاف في الشهادة فلانه خلاف الواقع كما يظهر بمراجعة محله واما قوله ولا مدخل للاقتصار على المجلس في كونه تمليكا فلانه خلاف المصرح به الا يرى الى قول المصنف في اول فصل الاختيار من باب تفويض الطلاق ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضى جوابا في المجلس كما في البيع انتهى والى قوله في اواسط فصل الامر باليد من ذلك الباب والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه انتهى ولانه اى الامر علق الطلاق بفعلهما اى بفعل المامورين فاعتبره صيغة امر من الاعتبار بدخولهما اى فاعتبر تعليق الطلاق بفعل الرجلين بتعليق الطلاق بدخول الرجلين اى بدخولهما الدار مثلا يعنى يشترط ثمه لوقوع الطلاق بدخول الرجلين اى بدخولهما جميعا حتى لو قال ان دخلتما الدار فهى طالق لا تطلق ما لم يوجد الدخول منهما جميعا فكذلك ههنا لا يقع الطلاق ما لم يوجد فعل التطليق منهما جميعا قال صاحب النهاية قوله ولانه علق الطلاق بفعلهما راجع الى قوله طلقاها ان شئتما وقوله لانه تفويض الى رأيهما راجع اليهما او الى قوله امرها بايديكما وقد تبعه في جعل قوله ولانه علق الطلاق بفعلهما راجعا الى قوله طلقاها ان شئتما كثير من الشراح فمنهم من صرح به كصاحب العناية حيث قال قوله ولانه علق الطلاق متعلق بقوله طلقاها ان شئتما ومنهم من اظهره في اثناء التحرير وهو صاحب غاية البيان وغيره حيث قالوا بصدد بيان قول المصنف فاعتبره بدخولهما حتى لو قال ان دخلتما الدار فهى طالق لا تطلق ما لم يوجد الدخول منهما جميعا فكذا ههنا في قوله طلقاها ان شئتما لا يقع الطلاق ما لم يوجد فعل التطليق منهما جميعا

قال وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضى برأيه والناس متفاوتون في الآراء قال الا ان يأذن له الموكل لوجود الرضاء او يقول له اعمل برأيك لاطلاق التفويض الى رأيه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي

اقول وانا لا ارى باسا في ابقاء كلام المصنف ههنا على ظاهر حاله وهو ان يكون كل واحد من تعليليه عاما للصورتين معا بناء على ان التعليق كما يوجد في صورة ان قال لهما طلقاها ان شئتما يوجد ايضا في صورة ان قال لهما امركما بايديكما وقد صرح المصنف في فصل الامر باليد من باب تفويض الطلاق بان جعل الامر باليد فيه معنى التعليق وقال الشارح في بيانه وهذا لان معنى امرك بيدك ان اردت طلاقك فانت طالق انتهى ولذلك لم يخصص قوله ولانه علق الطلاق بفعلهما الخ بصورة ان قال لهما طلقاها ان شئتما بل شرعية بوجه يعم الصورتين معا كما رأيته قال اي القدوري في مختصره وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه اي الموكل فوض اليه اي الى الوكيل التصرف اي التصرف الذي فيما وكل به دون التوكيل به اي لم يفوض اليه التوكيل به فلا يملكه وهذا اي عدم جواز التوكيل للوكيل فيما وكل به لانه اي الموكل رضي برأيه اي برأي الوكيل والناس متفاوتون في الآراء فلا يكون الرضى برأيه رضا برأي غيره فيكون الوكيل في توكيل الغير مباشرا غير ما امره الموكل فلا يجوز قال صاحب العناية وفيه تشكيك وهو ان تفاوت الآراء مدرك بيقين والا لما جاز التعليل به فجاز ان يكون الوكيل الثاني اقوى من الاول وايضا الرضى برأي الوكيل ورد توكيله تناقض لان الوكيل الثاني لو لم يكن اقوى رأيا او قوته في رأي الاول لما وكله فرد توكيله مع الرضى برأيه مما لا يجتمعان ويمكن ان يجاب عنه بان العبرة في القوة في الرأي لما يكون بحسب ظن الموكل وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأي والتصرف في الامور ولم يأذن له بالتوكيل كان الظاهر من حاله انه ظن ان لا ثمة من يفرقه في هذا التصرف فقبول توكيله حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز انتهى اقول الجواب الذي ذكره انما يدفع الوجه الاول من التشكيك المذكور دون الوجه الثاني منه لان قبول توكيل الاول وان كان مناقضا لظن الموكل الا ان رد توكيله ايضا مناقض لرضى الموكل برأي الوكيل كما ذكره في الوجه الثاني منه فما الرجحان في اثبات هذا التناقض على ذلك التناقض ثم اقول في الجواب من الوجه الثاني منه ان الموكل انما رضي برأي الوكيل في تصرف خاص وهو ما وكل به من البيع او الشراء او الاجارة او نحو ذلك والتوكيل ليس بداخل في ذلك التصرف فلا تناقض في رد توكيله وانما يصير ذلك تناقضا لو كان رضا الموكل برأي الوكيل في التوكيل وبرأيه مطلقا ولهذا اذا اذن له الموكل في التوكيل او قال له اعمل برأيك يجوز توكيله كما سيأتي واعترض بعض الفضلاء على قول المصنف لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء بان الدليل خاص بما يحتاج الى الرأي والمدعى عام لغيره ايضا اقول حاصل الدليل انه رضي بفعله دون فعل غيره والناس متفاوتون في الافعال فيعم ما يعمه المدعى الا انه اخرج الكلام مخرج الغالب فقال لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء قال اي القدوري في مختصره الا ان يأذن له الموكل استثناء من قوله وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به فانه اذا اذن له في ذلك يجوز ان يوكل غيره لوجود الرضى اي لوجود الرضى حينئذ برأي غيره ايضا او يقول له عطف على يأذن له الموكل اي او الا ان يقول للوكيل اعمل برأيك فيجوز ايضا ان يوكل غيره لاطلاق التفويض الى رأيه اي الى رأي الوكيل فيدخل توكيله الغير تحت الاجازة قال المصنف واذا جاز في هذا الوجه اي اذا جاز توكيل الوكيل غيره في هذا الوجه الذي يجوز التوكيل فيه وذلك بان يأذن له الموكل او يقول له اعمل برأيك فوكل غيره يكون الثاني اي الوكيل الثاني وهو وكيل الوكيل وكيلا عن الموكل لا عن الوكيل الاول حتى لا يملك الاول اي الوكيل الاول عزله اي عزل الوكيل الثاني ولا ينعزل اي الوكيل الثاني بموته اي بموت الوكيل الاول وينعزلان اي الوكيل الاول والوكيل الثاني بموت الاول اي بموت الموكل الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي وهو ما ذكره في فصل آخر قبل باب التحكيم بقوله وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك الى ان قال واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله اقول والعجب من الشراح ههنا سيما من فحولهم كصاحب النهاية وصاحب غاية البيان وصاحب معراج الدراية انهم قالوا في بيان ما مر نظيره في ادب القاضي وهو ما ذكره هناك بقوله وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك الى ان قال ولو قضى الثاني بحضرة من الاول او قضى الثاني فاجازه الاول جاز كما في الوكالة فمحتوى الكلام في قوله كما في الوكالة مع

قال فان وكّل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور رأى الاول وقد حضر

ان نظير ماذكره المصنف ههنا انما هو ماتركوه وهو قوله هناك بعد ذكر ماذكروه واذا فوض اليه يملكه فيصير الثانى نائبا عن الاصل حتى لايملك الاول عزله كما انما اغتروا بما فى قوله كما فى الوكالة من التشبيه بالوكالة لكن مراده بذلك انما هو التشبيه بما سياتى من انه ان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لا التشبيه بما نحن فيه كما لايخفى بقى ههنا بحث وهو ان قول المصنف حتى لايملك الاول عزله ظاهر فى صورة ان ياذن له الموكل فى التوكيل لان الاذن له فى ذلك لايقتضى الاذن له فى العزل ايضا واما فى صورة ان يقول له اعمل برايك فهو مشكل لانهم صرحوا بان قوله اعمل برايك يوكيل عام فيدخل فى عمومه توكيل الوكيل غيره واما اثبات صفة المالكية للوكيل فيملك توكيل غيره كالمالك فحينئذ ينبغى ان يملك الوكيل الاول عزل الوكيل الثانى ايضا بعموم وكالته عن الموكل الاول وبكونه كالمالك باثبات صفة المالكية له كما ان للقاضى ان يستخلف على القضاء وان يعزل عنه اذا فوض اليه النصب والعزل عن قبل الخليفة على ماعرف فى محله ويؤيد هذا ماذكره الامام قاضيخان فى فتاواه حيث قال رجل وكل رجلا بالخصومة وقال له ماصنعت من شئ فهو جائز فوكل الوكيل بذلك غيره جاز توكيله ويكون الوكيل الثانى وكيل الموكل الاول لا وكيل الوكيل حتى لومات الوكيل الاول او عزل او جن وارتد او لحق بدار الحرب لاينعزل الوكيل الثانى ولومات الموكل الاول او جن وارتد ولحق بدار الحرب ينعزل الوكيلان ولو عزل الوكيل الاول الوكيل الثانى جاز عزله لان الموكل الاول رضى بصنيع الاول وعزل الاول الثانى من صنيع الاول الى هنا كلامه ولايخفى ان الموكل الاول فيما نحن فيه ايضا رضى بعمل الوكيل الاول برأيه وان عزل الوكيل الاول الثانى من عمله برأيه فينبغى ان يجوز عزله اياه والفرق بينهما مشكل ودونه خرط القتاد قال اى القدورى فى مختصره فان وكل اى الوكيل بغير اذن موكله فعقد وكيله اى وكيل الوكيل بحضرته اى بحضرة الوكيل الاول جاز اى جاز العقد لان المقصود اى مقصود الموكل الاول حضور رأى الاول اى حضور رأى الوكيل الاول وقد حضر اى وقد حضر رأيه فى الصورة المذكورة فحصل مقصوده فجاز العقد قال صاحب النهاية فان قلت ما الفرق بين هذا وبين احد الوكيلين بالبيع اذا باع بغير اذن صاحبه فانه لم يكتف هناك بمجرد حضرة صاحبه بل لابد من الاجازة صريحا كما ذكر فى الذخيرة والمبسوط قلت ماذكر فى الجامع الصغير من ان عقد وكيل الوكيل جائز عند حضرة الوكيل الاول محمول على ما اذا اجاز الوكيل الاول عقد الوكيل الثانى لامطلق الحضرة هكذا ذكر فى الذخيرة وقال ثم ان محمدا رحمه الله قال فى الجامع الصغير اذا باع الوكيل الثانى بحضرة الوكيل الاول جاز ولم يشترط للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكر فى وكالة الاصل فى موضع وذكر فى موضع آخر من وكالة الاصل وشرط اجازته فقال اذا باع الوكيل الثانى والوكيل الاول حاضر او غائب فاجاز الوكيل جاز حكى عن الكرخى انه كان يقول ليس فى المسئلة روايتان ولكن ما ذكر مطلقا فى بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا اجاز وكان يحمل المطلق على المقيد والى هذا ذهب عامة المشائخ وهذا لان توكيل الوكيل الاول لما لم يصح لانه لم يؤذن له فى ذلك صار وجود هذا التوكيل وعدمه بمنزلة ولو عدم التوكيل من الاول حتى باعه هذا الرجل والوكيل غائب او حاضر وانه لايجوز عقد هذا الفضولى الا باجازته لان الاجازة لبيع الفضولى لايثبت بالسكوت لكون السكوت محتملا كذا ههنا ومتى اجاز فانما يجوز لان الوكيل يملك مباشرته بنفسه فيملك اجازته بالطريق الاولى ومنهم من يجعل فى المسئلتين روايتين ووجه الجواز من غير اجازة الاول ان بيع الثانى حال غيبة الاول انما لايصح لتعرى العقد عن رأى الاول ومتى باع بحضرته فقد حضر هذا العقد رأى الاول وعلى هذا احد وكيلى البيع والاجازة اذا امر صاحبه بالبيع او الاجازة فباع بحضرته فى رواية لايجوز الا باجازته وفى رواية يجوز من غير اجازته انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه فى اكثر المواضع قال صاحب العناية بعد نقل السؤال والجواب وفيه نظر اما فيما نقل عن محمد رح فانه قال والوكيل الاول حاضر او غائب فاجاز الوكيل وليس فى ذلك نص فى اشتراط الاجازة لحاضر لجواز ان يكون قوله فاجاز متعلقا بقوله او غائب فقط واما فى تعليلهم فلانه معارض بان المقصود هو الرأى وقد حضر كما ذكرنا انتهى واجاب بعض الفضلاء عن نظيره فيما نقل عن محمد رح حيث قال انت خبير بان قوله فاجاز الوكيل عطف على قوله اذا باع الوكيل

وتكلموا في حقوقه وان عقد في حال غيبته لم يجز لانه فات رايه الا ان يبلغه فيجيزه وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضر رايه ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لان الراى يحتاج اليه فيه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رايهما في الزيادة واختيار المشترى على ما بيناه اما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رايه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن

الثاني الخ فيكون متعلقا بكل منهما نعم لو كان العبارة واجاز بالواو فيجوز كونها حالية لاحتمل ما ذكره انتهى اقول وفيه نظر لانه يجوز ان يكون الفاء في قوله فاجاز الوكيل للسببية لا للعطف كما في قولك زيد فاضل فاكرمه ونحو الذي يطير فيغضب زيد الذباب على ما ذكروا في موضعه ولئن سلم كونها للعطف وكون قوله فاجاز الوكيل عطفا على قوله اذا باع الوكيل الثاني الخ فلا نسلم كون قوله فاجاز الوكيل متعلقا بكل من قيدي المعطوف عليه اعني قوله والوكيل الاول حاضر او غائب اذ قد تقرر في محله ان العطف على مقيد بشيء انما يوجب تقييد المعطوف بذلك الشيء فيما اذا كان القيد مقدما على المعطوف عليه كما في قولنا يوم الجمعة ضربت زيدا وقولنا ان جئتني اعطك واكسك واما فيما لا يتقدم عليه فلا يوجب تقييده بذلك في شيء وما نحن فيه من هذا القبيل كما لا يخفى فلم يجب فيه ان يتقيد المعطوف بقيدي المعطوف عليه بل جاز ان تعلق بواحد منهما فقط ثم قال صاحب العناية ولعل الصواب ان الاجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل بحضوره وشرط لصحة عقد احد الوكيلين والفرق بينهما ان وكيل الوكيل لما كان تصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضا لا محالة واما احد الوكيلين فليس كذلك فلم يكن سكوته رضا لجواز ان يكون غيظا منه على استبداده بالتصرف من غير اذن من صاحبه انتهى قال المصنف وتكلموا في حقوقه اى في حقوق عقد الثاني بحضرة الاول يعني اذا باع بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من تكون لم يذكره محمد رح في الجامع الصغير وتكلم المشائخ فيه قال الامام المحبوبي منهم من قال العهدة على الاول لان الموكل انما رضي بلزوم العهدة على الاول دون الثاني ومنهم من قال العهدة على الثاني اذ السبب وهو العقد وجد من الثاني وان الاول والثاني كالوكيل للموكل الاول حتى لو مات الموكل الاول ينعزل الوكيل الثاني بموته ولا ينعزل بموت موكل الثاني وهو الوكيل الاول كذا في الملتقط وقال في الذخيرة ثم اذا باع او اشترى بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من لم يذكر محمد رح هذا الفصل في الجامع الصغير وذكر البقالي في فتاواه ان الحقوق ترجع على الاول وفي حيل الاصل والعيون ان الحقوق ترجع الى الثاني انتهى قال في فتاوى قاضيخان فان وكل غيره فباع الوكيل الثاني بحضرة الاول جاز وحقوق العقد ترجع الى الوكيل الاول عند البعض وذكر في الاصل ان الحقوق ترجع الى الوكيل الثاني وهو الصحيح انتهى وان عقد اى الوكيل الثاني في حال غيبته اى في حال غيبة الوكيل الاول لم يجز اى لم يجز العقد لانه فات رايه اى راى الوكيل الاول فلم يحصل مقصود الموكل وهو حضور رايه الا ان يبلغه اى الا ان يبلغ خبر عقد الوكيل الثاني الوكيل الاول فيجيزه اى فيجيز الوكيل الاول ذلك العقد فحينئذ يجوز لتحقق رايه وكذا لو باع غير الوكيل اى وكذا يجوز لو باع الاجنبي فبلغه اى فبلغ خبر البيع الوكيل فاجازه اى فاجاز البيع بعد بلوغ الخبر لانه حضر رايه باجازته ولو قدر الاول اى الوكيل الاول الثمن اى ثمن ما امر ببيعه للثاني اى للوكيل الثاني الذي وكله بغير اذن موكله بان قال له بعه بكذا فعقد بغيبته اى فعقد الثاني بذلك الثمن المقدر بغيبة الاول يجوز اى العقد لان الراى يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا انما قال ظاهرا احترازا عما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن كما سياتي بيانه وقد حصل اى وقد حصل تقدير الثمن الذي هو المقصود بالراى واعلم ان هذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان تقدير الثمن انما يمنع النقصان لا الزيادة فلعل الاول ربما باع بالزيادة على المقدار المعين لذكائه وهداية قال المصنف وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن فانه لا يجوز بيع احدهما بذلك المقدار لانه لما فوض اليهما اى لان الموكل لما فوض الراى الى الوكيلين مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رايهما في الزيادة واختيار المشتري الذي لا يماطل في تسليم الثمن على ما بينا اشارة الى قوله فيما مر والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الراى في الزيادة واختيار المشتري اما اذا لم يقدر اى الموكل الثمن وفوض الى الاول اى وفوض الراى الى الوكيل الاول كان غرضه اى غرض الموكل رايه اى راى الوكيل الاول في معظم الامر اى معظم امر عقد البيع وهو التقدير في الثمن وذلك لان المقصود من المبايعات الاسترباح والعادة جرت في الوكالة ان يوكل الاهدى في تحصيل الارباح وذلك

قال واذا زوج المكاتب والعبد او الذمى ابنته وهى صغيرة حرة مسلمة او باع او اشترى لها لم يجز معناه التصرف في مالها لان الرق والكفر يقطعان الولاية الا يرى ان المرقوق لا يملك نكاح نفسه فكيف يملك نكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض اليهما وقال ابو يوسف ومحمد رح المرتد اذا قتل على ردته والحربى كذلك لان الحربى ابعد من الذمى فاولى بسلب الولاية واما المرتد فتصرفه في ماله ان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهى مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل وبالاسلام يجعل كانه لم يزل كان مسلما فيصح

انما يكون فى التوكيل بتقدير ثمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الاول فبعد ذلك لا يبالى بنيابة الآخر عنه في مجرد العبارة كذا فى الشروح اقول لقائل ان يقول اختيار المشترى الذى لا يماطل فى تسليم الثمن من مهمات البياعات ومعظمات امورها ايضا كما اشار اليه المصنف فيما مر بقوله والسبيل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الراى فى الزيادة واختيار المشترى فكيف يتم ان يقال ههنا فبعد ذلك لا يبالى بنيابة الآخر عنه فى مجرد العبارة قال اى محمد رح فى الجامع الصغير واذا تزوج المكاتب او العبد او الذمى ابنته وهى صغيرة حرة مسلمة او باع اى او باع واحد منهم او اشترى لها اى للصغيرة الموصوفة المذكورة لم يجز اى لم يجز شئ من تصرفاتهم المذكورة قال المصنف معناه اى معنى قول محمد رح او باع او اشترى لها التصرف فى مالها اى فى مال الصغيرة المذكورة بالبيع او الشراء وانما احتاج الى هذا التاويل لان قوله او اشترى لها يحتمل معنيين احدهما ان يشترى لها شيئا من مال نفسه والآخر ان يشترى لها بمالها ولما كان الاول جائزا لا محالة كان المراد ههنا هو الثانى وقال فى تعليل المسئلة لان الرق والكفر يقطعان الولاية يعنى ان التصرفات المذكورة من باب الولاية والرق فى العبد والمكاتب والكفر فى الذمى يقطعان الولاية الا يرى ان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره يعنى اذا لم يكن له ولاية على نفسه لم تكن له ولاية على غيره بالطريق الاولى لان الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا حتى لا تقبل شهادته اى شهادة الكافر عليه اى على المسلم ولان هذه اى هذه الولاية ولاية نظرية اى ولاية ثابتة نظرا للضعفاء والصغائر لعجزهم فلا بد من التفويض اى من تفويض هذه الولاية الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر بالقدرة والشفقة والرق يزيل القدرة قال الله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ والكفر يقطع الشفقة على المسلم كما لا يخفى فلا تفوض اليهما اى فلا تفوض هذه الولاية النظرية الى العبد والكافر قال الشارح العينى وفى بعض النسخ الى العاقد المشفق مكان القادر المشفق وجعل الشارح الكاكى هذه النسخة اصلا وقال وفى بعض النسخ الى القادر مكان العاقد اقول وانا لم ار نسخة الى العاقد قط ولم اجد لها وجها ههنا اذ لا يوجد حينئذ لقول المصنف والرق يزيل القدرة متعلق كما لا يخفى على الفطن وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا قتل على ردته والحربى كذلك اى لا يجوز تصرفهما على ولدهما المسلم وماله قال الشراح انما خص قولهما بالذكر مع ان هذا الحكم مجمع عليه لان الشبهة انما ترد على قولهما لان تصرفات المرتد بالبيع والشراء ونحوهما نافذة وان قتل على الردة عندهما بناء على الملك وقدرته كاملة فى تصرفاته على ولده ومال ولده فانها موقوفة بالاجماع اقول قد ادرج فى قولهما الحربى ايضا والعذر الذى ذكروه لا يجرى فيه قطعا فلا يتم لان الحربى وان كان مستامنا ابعد من الذمى لان الذمى صار منا دارا وان لم يصر منا دينا وقد تحقق منه ما هو خلف عن الاسلام وهو الجزية بخلاف الحربى فانه لم يتحقق فى حقه شئ من الاصل والخلف فاولى بسلب الولاية اى فالحربى اولى بسلب الولاية يعنى اذا سلبت ولاية الذمى كما عرفت فالحربى اولى بسلبها واما المرتد فتصرفه فى ماله ان كان نافذا وان كان نافذا عندهما اى عند ابى يوسف ومحمد رحمهما الله لكنه اى لكن تصرفه موقوف اى موقوف على اسلامه ان اسلم صح وان مات او قتل او لحق بدار الحرب بطل على ولده ومال ولده متعلق بما يرجع اليه الضمير وهو التصرف بالولاية يعنى لكن تصرفه بالولاية على ولده ومال ولده موقوف على اسلامه بالاجماع متعلق بقوله موقوف اقول لا يخفى على من له فطرة سليمة ووقوف على العربية ومسائل المرتد ان فى كلام المصنف ههنا تعقيدا قبيحا واحتياجا الى بيان معناه بالوجه الذى شرحناه به وانا اتعجب من الشراح كيف لم يتعرضوا له اصلا مع تقييدهم بكثير من الامور الجزئية البينة فى مواضع شتى فحق العبارة ههنا ما ذكره صاحب الكافى حيث قال اما المرتد فان ولايته على اولاده واموالهم موقوفة بالاجماع لانها اى لان ولاية الاب على ولده ومال ولده ولاية نظرية وذلك اى الولاية النظرية بتاويل المذكور او باستعمال ذلك مشترك باتفاق الملة اى بسبب اتفاق الملة من الاب والولد وهى اى الملة مترددة فى حق المرتد لكونها معدومة فى الحال لكنها مرجو الوجود لان المرتد مجبور عليها فيجب التوقف ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل اى تصرفه وبالاسلام اى بالعود الى الاسلام يجعل اى المرتد كانه لم يزل كان مسلما فيصح اى تصرفه اقول بقى فى هذا المقام شئ وهو ان ما ذكره من قوله واذا زوج المكاتب او العبد او الذمى ابنته

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول انه رضى بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به ولنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض والفتوى اليوم

الى ههنا ليس من مسائل الوكالة قط وقد ذكره مرة في باب الاولياء والاكفاء من كتاب النكاح حيث قال فيه ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لانه لا ولاية لهم على انفسهم فاولى ان لا يثبت على غيرهم ولان هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء ولا ولاية لكافر على مسلمة لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان انتهى فذكره مرة اخرى ههنا في كتاب الوكالة لعبده المناسبة

باب الوكالة بالخصومة والقبض اخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لان الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاؤه ممن هو في ذمته وذلك في الاغلب يكون بمطالبة المبيع او الثمن او لانها مهجورة شرعا فاستحقت التاخير عما ليس بمهجور كذا في العناية وذكر الوجه الثاني في سائر الشروح ايضا واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث لانا لا نسلم ذلك كيف وقد وقعت من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم والصحابة رضي الله تعالى عنهم وانظر الى تفسير الخصومة هل فيه ما يوجب هجرها انتهى اقول هذا ساقط جدا لان المراد ان الخصومة بحقيقتها وهي المنازعة مهجورة شرعا لقوله تعالى ولا تنازعوا فتفشلوا وانما شرعت ووقعت من الاشراف باعتبار كونها مجازا عن جواب الخصم نعم اولا كما سياتي بحثه عن قريب مفصلا ومشروحا وقد وقع التصريح به ههنا ايضا في عبارة كثير من الشراح حيث قالوا لما كانت الخصومة مهجورة شرعا لقوله تعالى ولا تنازعوا فتفشلوا حتى تركت حقيقتها الى مطلق الجواب مجازا آخر ذكر الوكالة بالخصومة عما ليس بمهجور شرعا بل هو مقرر على حقيقته قال اي القدوري في مختصره الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض اطلق كلامه في الرواية ليتناول الوكيل بالخصومة في العين والدين جميعا فان الامام المحبوبي قد ذكر ان الوكيل بالخصومة في العين والدين جميعا وكيل بالقبض عند علمائنا الثلثة كذا في النهاية ومعراج الدراية خلافا لزفر رح فانه يقول الوكيل بالخصومة لا يكون وكيلا بالقبض وبه قال الشافعي رح في الاظهر ومالك واحمد وعن الشافعي رح في وجه انه يملك القبض كما قلنا هو اي زفر رح يقول رضي اي الموكل بخصومته اي بخصومة الوكيل والقبض غير الخصومة لان الخصومة قول يستعمل في اظهار الحقوق والقبض فعل حسي ولم يرض به اي ولم يرض الموكل بالقبض اذ يختار للخصومة في العادة الخ الناس وللقبض امن الناس فمن يصلح للخصومة لا يرضى بامانته عادة ولنا ان من ملك شيئا ملك تمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض يعني ان الوكيل بالشئ مامور باتمام ذلك الشئ واتمام الخصومة يكون بالقبض لان الخصومة باقية ما لم يقبض وذلك لانه ما لم يقبضه يتوهم عليه الانكار بعد ذلك والمطل ويحتاج الى المرافعة باثبات الخصومة فاما وكله بفصلها والفصل بالقبض دخل تحته ضمنا كذا قرره صاحب النهاية وعزاه الى المبسوط والاسرار واقتفى اثره صاحب معراج الدراية في تقريره ولنا ان الوكيل ما دام وكيلا يجب عليه القيام بما امر به وقد امر بالخصومة والخصومة لا تتم الا بالقبض لتوهم الانكار بعد ذلك وتعذر الاثبات بعارض من موت القاضي او غيره والمطل والافلاس وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء بان قوله ولنا ان الوكيل ما دام وكيلا يجب عليه القيام بما امر به يخالف لما اسبقه في اوائل كتاب الوكالة من قوله وحكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه اقول ليس هذا بشئ فان منشاه الغفلة عن فائدة قوله ما دام وكيلا في قوله ان الوكيل ما دام وكيلا يجب عليه القيام بما امر به اذ لا شك ان الوكيل ما دام ثابتا على وكالته يجب عليه اداء ما امر به والا يلزم تقرير الامر وهو ممنوع شرعا ومعنى ما ذكره في اول كتاب الوكالة ان الوكالة عقد جائز غير لازم فحكمها جواز ان يباشر الوكيل ما فوض اليه وان لا يباشره لشرط عزل الموكل اياه او عزل الوكيل نفسه واعلامه الموكل ثم رد عليه ايضا ذلك البعض في قوله والخصومة لا تتم الا بالقبض بانه ان اريد قبض الوكيل فغير مسلم وان اريد ما يعمه وقبض الموكل فمسلم ولكن لا يترتب عليه مطلوبه اقول المراد هو الثاني قبض الوكيل والموكل ويترتب عليه مطلوبه قطعا لمقتضى مقدمة القائلة وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب لانه لما فوض الموكل الخصومة الى الوكيل والتزم الوكيل اقامتها دخل في ضمن ذلك ما لا يتم الخصومة الا به وهو القبض فملكه الوكيل او وجب عليه القيام به ما دام على وكالته والفتوى اليوم

على قول زفر رح لظهور الخيانة فى الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضى يملك القبض على اصل الرواية لانه فى معناه وضعًا الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على ان لا يملك

على قول زفر رح لظهور الخيانة فى الوكالة وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ومشائخ بلخ افتوا بقول زفر رح لان التوكيل بالقبض غير ثابت بنصا ولا دلالة اما نصا فظاهر واما دلالة فلان الانسان قد يوكل غيره بالخصومة والتقاضى ولا يرضى بامانته وقبضه وبه افتى الصدر الشهيد ايضا كذا ذكره الامام المحبوبى فى جامعه وذكر فى الشروح ايضا الا ان صاحب العناية قال بعد ذكر ذلك وفيه نظر فان الدلالة قد وجدت بما ذكرنا ان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب قال المصنف ونظيره اى نظير الوكيل بالخصومة الوكيل بالتقاضى فانه يملك القبض على اصل الرواية وهو رواية الاصل لانه فى معناه وضعًا اى لان التقاضى فى معنى القبض من حيث الوضع وعن هذا قال فى الاساس تقاضيته دينى وبدينى واقتضيته دينى واقتضيت منه حقى اى اخذته وقال فى القاموس وتقاضاه الدين قبضه منه ثم ان صاحب غاية البيان بعد ان فسر قول المصنف لانه فى معناه وضعا بقوله اى لان التقاضى فى معنى القبض قال وفيه نظر لانه قال فى المغرب تقاضيته دينى وتقاضيته بدينى واستقضيته طلبت قضاءه واقتضيت منه حقى اخذته وقال الشارح العينى بعد نقل النظر المذكور عنه قلت لم اروجه النظر فيه لانه لم يقل التقاضى القبض بل قال فى معنى القبض اقول بل لا وجه لما قال لان وجه النظر هو ان المفهوم مما فى المغرب كون التقاضى فى اللغة بمعنى طلب القضاء لا بمعنى القبض كما ذكره المصنف ولا يدفعه قوله لانه لم يقل التقاضى هو القبض بل قال فى معنى القبض اذ لا شك ان معنى قوله انه فى معناه وضعا انهما متحدان معنى من حيث الوضع فى اصل اللغة ولو كان معنى التقاضى فى اللغة طلب القضاء لا غير لم يتحقق ذلك الاتحاد فلم يكن فى معنى القبض قطعا ثم اقول فى الجواب عن النظر المذكور لعل صاحب المغرب فسر التقاضى بطلب القضاء الذى هو المعنى العرفى للفظ التقاضى لكونه غالبا على معناه الوضعى الاصلى كما ستعرفه فلا يكون مخالفا لما ذكره المصنف ره وما صرح به عامة ثقات ارباب اللغة فى كتبهم المعتبرة من كون معنى التقاضى هو الاخذ والقبض بناء على اصل الوضع ويرشد اليه انه فرق بين الاقتضاء والتقاضى ففسر الاقتضاء بالاخذ على اصله لعدم جريان العرف المذكور فيه والا فلا فرق بينهما فى اصل اللغة كما عرفته مما نقلناه فيما مر انفا عن الاساس وصرح به الجوهرى فى صحاحه حيث قال واقتضى دينه وتقاضاه بمعنى فتدبر الا ان العرف بخلافه اى بخلاف الوضع لان الناس لا يفهمون من التقاضى القبض بل يفهمون منه المطالبة وهو اى العرف قاض على الوضع اى راجح عليه لان وضع الالفاظ لحاجة الناس وهم لا يفهمون المعنى الموضوع له بل يفهمون المجاز فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية لتسارع افهام الناس اليه والفتوى على ان لا يملك يعنى فتوى المشائخ اليوم على ان لا يملك الوكيل بالتقاضى القبض بناء على العرف قال صاحب العناية وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهى اولى منه عند ابى حنيفة رح والجواب ان ذلك وجه لاصل الرواية ولا كلام فيه وانما الكلام فى ان الفتوى على اصل الرواية او على العرف لظهور الخيانة فى الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك القبض انتهى كلامه اقول لا النظر شئ ولا الجواب اما الاول فلان الحقيقة فى لفظ التقاضى غير مستعملة بل هى مهجورة كما صرح به ثقات المشائخ كالامام فخر الاسلام البزدوى وصاحب المحيط وغيرهما قال فى المحيط البرهانى الوكيل بالتقاضى يملك القبض عند علمائنا الثلثة هكذا ذكر محمد رح فى الاصل ثم قال وذكر الشيخ الامام الزاهد فخر الاسلام على البزدوى فى شرح هذا الكتاب ان الوكيل بالتقاضى فى عرف ديارنا لا يملك القبض كذا جرت العادة فى ديارنا وجعل التقاضى مستعملا فى المطالبة مجازا لانه سبب الاقتضاء وصارت الحقيقة مهجورة الى هنا كلامه واما الثانى فلان كون الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف اصل مقرر عند ابى حنيفة رح لم يرجع عنه قط فلو كانت الحقيقة فى لفظ التقاضى مستعملة لم يصح قول المصنف وهو قاض على الوضع على اصل ابى حنيفة رح قطعا ولم يمكن للمشائخ الفتوى على العرف فى مسئلتنا هذه ويلزم حينئذ ترك اصل امامهم المجتهد وليست وظيفتهم الا الجريان على اصله الكلى وان جاز لهم بعض من التصرفات فى الفروع الجزئية لا يقال يجوز ان يكون مدار قول المصنف ره ومدار فتواهم على اصل ابى يوسف ومحمد رح فان المجاز المتعارف اولى من الحقيقة المستعملة عندهما لانا نقول الذى يظهر من هذا الكتاب ومن سائر الكتب

قال فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر **قال** والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة رح حتى لو اقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضاء بالقبض رضا بها ولابي حنيفة رح انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه

ان لا يقع خلاف في هذه المسألة بين ائمتنا الثلثة الا يرى الى قول محمد رح في الاصل الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلثة ولو كان للاصل الذي ذكرنا تاثير في هذه المسألة لما وقع الاتفاق بينهم فيها على ان صاحب التلويح قال وفي كلام فخر الاسلام وغيره ما يدل على ان المجاز المتعارف انما يترجح عندهما اذا تناول الحقيقة بعمومه كما في مسألة اكل الحنطة انتهى ولا يخفى ان الامر ليس كذلك فيما نحن فيه فالتمشية لاصلهما المذكور ههنا راسا فلا مجال لان يجعل مدار الصحة قول المصنف وفتوى المشائخ فالتحقيق في هذا المقام ان التوكيل بالتقاضي كان مستعملا على حقيقته في الاوائل ولم يجر العرف على خلاف ذلك في تلك الايام فكان الوكيل بالتقاضي يملك القبض بالاتفاق على ما وقع في اصل الرواية واما اليوم فلما ظهر الخيانة في الوكلاء وجرى العرف على ان يجعلوا التقاضي في التوكيل بالتقاضي مستعملا في المطالبة مجازا وصارت الحقيقة مهجورة افتى مشائخنا المتاخرون بان الوكيل بالتقاضي لا يملك القبض بالاتفاق بناء على الاصل المقرر المتفق عليه عند المجتهدين من ان المجاز المتعارف اولى من الحقيقة المهجورة فلم يبق في المقام غبار اصلا قال محمد رح في الجامع الصغير فان كانا اي الرجلان وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا اي لا يقبضان حق الموكل الا مجتمعين لانه اي الموكل رضي بامانتهما لا بامانة احدهما وحده واجتماعهما ممكن اي اجتماع الوكيلين على القبض ممكن شرعا فانهما يصيران قابضين بالتخلية بلا محذور بخلاف الخصومة فان اجتماعهما عليها غير ممكن شرعا على ما مر اشار به الى قوله لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء قال اي القدوري في مختصره والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة رح وقيد بقبض الدين لان الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاجماع على ما يجي والكلام فيه يرجع الى اصل وهو ان التوكيل اذا وقع باستيفاء عين حق الموكل لم يكن وكيلا بالخصومة لان التوكيل وقع بالقبض لا غير واذا وقع التوكيل بالتملك كان وكيلا بالخصومة لان التملك انشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد كذا قالوا وسيظهر حكم هذا الاصل في دليل المسألة ونقل في الفتاوى الصغرى عن مفقود شيخ الاسلام خواهر زاده ان الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة اجماعا ان كان الوكيل من القاضي كما لو وكل وكيلا بقبض ديون الغائب كذا في غاية البيان ثم ان المصنف اراد ان يبين ثمرة قول ابي حنيفة رح في هذه المسألة فقال حتى لو اقيمت عليه اي على الوكيل بقبض الدين البينة على استيفاء الموكل اي على استيفاء الدين من المديون او ابرائه اي او على ابراء الموكل المديون عن الدين تقبل عنده اي تقبل البينة عند ابي حنيفة رح وفي الذخيرة اذا جحد الغريم الدين واراد الوكيل بالقبض ان يقيم البينة على الدين هل تقبل بينته على قول ابي حنيفة رح تقبل وعلى قولهما لا تقبل وقالا لا يكون خصما اي قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يكون الوكيل بقبض الدين خصما وهو اي قولهما رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وبه قال الشافعي رح في الاصح واحمد رح في ظاهر الرواية لان القبض غير الخصومة فلم يكن التوكيل بالقبض توكيلا بالخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومة فلم يكن الرضا بالقبض رضى بها اي بالخصومة ولابي حنيفة رح انه اي الموكل وكله بالتملك اي وكل الوكيل بقبض الدين بتملك المقبوض بمقابلة ما في ذمة المديون قصاصا لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها اذ قبض الدين نفسه اي قبض نفس الدين لا يتصور لانه وصف ثابت في ذمة من عليه الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه استثناء من قوله لان الديون تقضى بامثالها يعني ان الديون وان كانت تقضى بامثالها لا باعيانها لما ذكرنا آنفا الا ان قبض المثل جعل استيفاء لعين حق الدائن من وجه ولهذا يجبر المديون على الاداء ولو كان تملكا محضا لما اجبر عليه وكذا اذا ظفر الدائن بجنس حقه حل له الاخذ هذا خلاصة ما ذكره الجمهور في شرح هذا المقام واما صاحب العناية فقال في شرحه لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لئلا يمتنع قضاء ديون لا يجوز الاستبدال بها والتوكيل بقبض الدين فانه اذا كان توكيلا بالتملك كان توكيلا بالاستقراض اذ التوكيل بقبض مثل مال الموكل لا عين له ثم تقاضى ان التوكيل بالاستقراض باطل انتهى وفيه بحث اذ لمانع ان يمنع امتناع التوكيل بقبض الدين على تقدير ان لا يجعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه بجواز تصحيح التوكيل بقبض الدين على ذلك التقدير

فاشبه الوكيل باخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب وهذه اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصماً قبل القبض كما يكون خصماً قبل الاخذ هنالك والوكيل بالشراء لا يكون خصماً قبل مباشرة

يجعله رسالة بالاستقراض من حيث المعنى والرسالة بالاستقراض جائزة وقد افصح عنه صاحب الذخيرة حيث قال وفي المسئلة نوع اشكال لان التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى لان الديون تقضى بامثالها فاذا قبضه رب الدين من المديون يصير مضموناً عليه وله على الغريم مثله فيلتقيان قصاصاً وقد ذكرنا ان التوكيل بالاستقراض غير صحيح والجواب ان التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لانه لا بد للوكيل بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله بان يقول ان فلاناً وكلني بقبض ما له تمليك من الدين كما لا بد للرسول في الاستقراض من الاضافة الى المرسل بان يقول ارسلني فلان اليك يقول لك اقرضني كذا بخلاف الوكيل بالاستقراض فانه يضيف الى نفسه فيقول اقرضني فصح ما ادعيناه انه رسالة معنى والرسالة بالاستقراض جائزة الى هنا كلامه ثم اعلم ان الامام الزيلعي قد ذكر في شرح الكنز ما ذكره صاحب الذخيرة من الاشكال والجواب المزبورين ثم قال هكذا ذكره في النهاية وعزاه الى الذخيرة ثم قال هذا سوال حسن والجواب غير مخلص على قول ابي حنيفة رح فانه لو كان رسولاً لما كان له ان يخاصم انتهى اقول ليس ذاك بسديد اذ ليس المراد ان الوكيل بقبض الدين رسول من كل وجه حتى لا يكون خصماً بل المراد انه رسول بالاستقراض بالنظر الى قبض مثل الدين ابتداء ووكيل بالتملك بالنظر الى المقاصة الحاصلة بعد ذلك وكونه خصماً حكم مترتب على الثاني دون الاول فلا غبار على الجواب فاشبه اي الوكيل بقبض الدين الوكيل باخذ الشفعة يعني انه اشبه ذلك في كونه خصماً فانه اذا اقام المشتري البينة على الوكيل باخذ الشفعة على تسليم الموكل الشفعة تقبل والرجوع في الهبة بالجر عطف على اخذ الشفعة اي فاشبه ايضاً الوكيل بالرجوع في الهبة فانه اذا اقام الموهوب له البينة على الوكيل بالرجوع على ان الموكل الواهب اخذ العوض تقبل والوكيل بالشراء بالنصب عطف على الوكيل باخذ الشفعة اي فاشبه ايضاً الوكيل بالشراء فانه خصم يطالب بحقوق العقد والاير لعصله عما قبله باعادة لفظ الوكيل كثير فائدة والقسمة بالجر عطف على الشراء اي فاشبه ايضاً الوكيل بالقسمة فان احد الشريكين اذا وكل رجلاً بان يقاسم مع شريكه فاقام الشريك البينة عليه بان الموكل قبض نصيبه فانها تقبل والرد بالعيب بالجر عطف على الشراء ايضاً اي فاشبه ايضاً الوكيل بالرد بالعيب على البائع فان البائع اذا اقام البينة عليه بان الموكل رضي بالعيب تقبل وهذه اي مسئلة الكتاب وهي مسئلة الوكيل بقبض الدين وفي بعض النسخ وهذا اي الوكيل بقبض الدين اشبه باخذ الشفعة اي اشبه بالوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء كذا صرحوا به في شروح الجامع الصغير واعلم ان شراح الهداية قد افترقوا في تفسير معنى كلام المص رح هذا وتبيين المراد بالمفضل عليه ههنا فقال صاحب النهاية اي الوكيل بقبض الدين اشبه بالوكيل باخذ الشفعة من الوكيل بالشراء وذكر هذا المعنى صاحب العناية وغاية البيان ايضاً لكن بطريق النقل عن شروح الجامع الصغير بعبارتين فقال صاحب العناية قالوا في شروح الجامع الصغير وهذه اي مسئلة الوكيل بالقبض اشبه بالوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء وقال صاحب الغاية قالوا في شروح الجامع الصغير ان الوكيل بقبض الدين اشبه بالوكيل باخذ الشفعة من الوكيل بالشراء وقال تاج الشريعة اي مسئلة الوكيل بقبض الدين اشبه بمسئلة الوكيل باخذ الشفعة من المسائل الثلث الاخر وعلل ذلك بان في هذه المسائل بالم توجد المبادلة لا تثبت الوكالة بخلاف مسئلة الشفعة وقبض الدين واليه ذهب صاحب معراج الدراية والشارح العيني ايضاً ولكن لم يعينوا تلك الثلث الآخر من بين المسائل الاربع الباقية بعد مسئلة الوكيل باخذ الشفعة ثم ان المص رح بين وجه الاشبهية بقوله حتى يكون خصماً قبل القبض اي حتى يكون الوكيل بقبض الدين خصماً عند ابي حنيفة رح قبل قبض الدين كما يكون اي كما يكون الوكيل خصماً قبل الاخذ اي قبل اخذ العقار هنالك اي في التوكيل باخذ الشفعة والوكيل بالشراء لا يكون خصماً قبل مباشرة الشراء اه فاقول لا يذهب عليك ان تخصيص الوكيل بالشراء بالذكر ههنا يشعر بكون المراد بالمفضل عليه في قوله فيما مر وهذه اشبه باخذ الشفعة هو الوكيل بالشراء فيكون معناه ان مسئلة الوكيل بقبض الدين اشبه بمسئلة الوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء كما صرح به شراح الجامع الصغير وذهب اليه فرقة من شراح الهداية واخترناه ايضاً في شرحنا هنالك بناء على هذا ولكن بقيت شبهة وهو ان الوكيل ان لم يكن خصماً قبل المباشرة لما كان في المسائل الاربع الباقية ايضاً لا يظهر لتخصيص مسئلة الوكيل بالشراء بالذكر وجعل المفضل عليه اياها فقط وجه وان كان خصماً قبل ذلك في تلك المسائل ايضاً كما هو الظاهر

ومهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو اصيل فيها فيكون خصما فيها **قال** والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة لانه امين محض والقبض ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له فاقام الذي هو في يده البينة على ان الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغائب وهذا استحسان والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر ووجه الاستحسان انه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فيقتصر يده وان لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب تعاد البينة على البيع فصار كما اذا اقام البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هنا **قال** وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك معناه اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده

سيما في مسئلة التوكيل بالقسمة اذ لا شك ان الشريك الآخر لو اقام البينة قبل ان تقسيم الوكيل بالقسمة فاوكل بتقسيمه على ان الموكل قبض نصيبه منه تقبل بينته لا يظهر التخصيص شبهة الوكيل بقبض الدين بالوكيل باخذ الشفعة وجه اذ يصير الوكيل بقبض الدين حينئذ اشبه بتلك المسائل ايضا من الوكيل بالشراء فتامل وهذا اشارة الى مطلع نكتة ابي حنيفة رح بقوله انه وكله بالتملك لان المبادلة تقتضي حقوقا كالتسليم والتسلم وغير ذلك وهو اي الوكيل بالتملك اصيل فيها اي في الحقوق فيكون خصما فيها اي في الحقوق يعني كان الموكل امر الوكيل بتملك مثل الدين الذي على المديون وذلك مبادلة والمامور بالمبادلة يكون اصيلا في حقوق المبادلة كذا في النهاية واكثر الشروح وقال صاحب العناية قوله وهذا اشارة اليه اشارة الى ما تمم به دليل ابي حنيفة رح وهو ان الوكيل بالتملك اصيل في الحقوق انتهى فعليك بالاختيار ثم الاختيار واعترض بعض الفضلاء على كلام المص رح ههنا حيث قال فيه بحث فان المبادلة لم تقع من الوكيل بل من موكله فكيف يكون الوكيل اصيلا في حقوقها وقال فان قيل المبادلة في التملك باخذ الدين قلنا ذلك لم يقع بعد فتامل انتهى اقول ليس هذا بمتوجه لان تعلق بعض الحقوق بالشيء قبل وقوعه ليس بعزيز الا يرى ان حق الخصومة يثبت للوكيل باخذ الشفعة قبل وقوعه ليس بعزيز الا ان حق الخصومة يثبت للوكيل باخذ الشفعة قبل وقوع الاخذ فكذا ههنا وقد اشار اليه المص رح بقوله وهذا اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك ثم ان التحقيق ان قبض الدين وان كان مبادلة من جهة كون الديون تقضى بامثالها الا انه استيفاء لعين الحق من وجه كما مر فاشبهه بالمبادلة تعلق حق الخصومة بالوكيل ولشبهه باخذ عين الحق جاز الخصومة قبل وقوع التملك بقبض الدين ويرشد اليه ما ذكره الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير حيث قال لا يقال لو كان وكيلا بالمبادلة وجب ان يلحقه العهدة في المقبوض لانا نقول انما لا يلحقه العهدة في المقبوض لان قبض الدين وان كان مبادلة من الوجه الذي ذكرناه فهو استيفاء عين الحق من وجه لان من الديون ما لا يجوز الاستبدال به فاشبهه بالمبادلة جعلناه خصما ولشبهه باخذ العين لا يلحقه العهدة في المقبوض عملا بهما انتهى قال اي محمد رح في الجامع الصغير والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاجماع اي باتفاق اصحابنا والشافعي رح واحمد فيه قولان كما في قبض الدين لانه اي لان الوكيل بقبض العين امين محض حيث لا مبادلة ههنا لانه يقبض عين حق الموكل والقبض اي قبض العين ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له اي للموكل فاقام الذي هو في يده اي فاقام ذو اليد البينة على ان الموكل باعه اي باع العبد اياه اي ذا اليد وقف الامر حتى يحضر الغائب اي الموكل وهذا اي توقف الامر استحسان اي مقتضى الاستحسان والقياس اي قياسا ان يدفع اي العبد الى الوكيل ولا يلتفت الى بينة ذي اليد لان البينة قامت لا على خصم بناء على ان الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة فلم تعتبر اي البينة وجه الاستحسان انه اي الوكيل خصم في قصر يده اي في حق قصر يده نفسه عن العبد لقيامه مقام الموكل في القبض فيقتصر يده اي يد الوكيل يعني يصير اثر البينة مجرد قصر يده لا اثبات البيع وان لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب وهو الموكل تعاد البينة على البيع يعني لو حضر الموكل لا بد لذي اليد من اعادة اقامة البينة على البيع في محضر الموكل ولا يكتفى بالبينة السابقة في اثبات البيع لعدم كون الوكيل خصما من هذه الجهة فصار هذا كما اذا اقام اي ذو اليد البينة على ان الموكل عزله اي عزل الوكيل عن ذلك اي عن التوكيل بقبض العين فانها تقبل اي فان البينة تقبل هناك في قصر يده اي في حق قصر يده كذا هذا اي ما نحن فيه قال اي محمد رح في مختصره وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك كالارتهان فانه اذا ادعى صاحب اليد الارتهان من الموكل واقام بينة على ذلك تقبل في حق قصر يده لا في ثبوت الارتهان في حق الموكل كذا في الشروح قال المص رح ومعناه اي معنى قول محمد رح وكذلك العتاق والطلاق اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة اي واذا اقام العبد والامة البينة على العتاق على الوكيل بنقلهم متعلق بالاقامة اي اذا اقاموا البينة على الوكيل بنقلهم الى الموكل يعني اذا اراد الوكيل نقل المرأة الى زوجها الموكل بنقلها اليه او اراد الوكيل بقبض العبد والامة ونقلهما الى مولاهما الموكل قبضهما ونقلهما اليه فاقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها على ان زوجها طلقها واقام العبد والامة البينة على الوكيل بنقلهما على ان مولاهما اعتقهما فانها تقبل في قصر يده اي في حق قصر

حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق قال واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز اقراره عليه ولا يجوز عند غير القاضي عند ابي حنيفة ومحمد رح استحسانا الا انه يخرج من الوكالة وقال ابو يوسف رح يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي رح لا يجوز في الوجهين وهو قول ابي يوسف رح اولا وهو القياس لانه مامور بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضاده لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والابراء ويصح اذا استثنى الاقرار

يد الوكيل عنهم حتى يحضر الغائب اي الى ان يحضر الغائب استحسانا اي تقبل استحسانا واما قياسا فلا تقبل لقيامها لا على خصم دون العتق والطلاق اي لا تقبل في حق ثبوت العتق والطلاق لا قياسا ولا استحسانا وذلك لان الوكيل ليس بخصم في اثبات العتق والطلاق وان كان خصما في قصر يده وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق والطلاق على الغائب فتقبل في القصر دون غيره وجملة الكلام بهذه المسائل ان البينة قامت على شيئين على البيع والعتق والطلاق وعلى قصر يد الوكيل ففي حق زوال الملك عن الموكل قامت لا على خصم وفي حق قصر يد الوكيل قامت على خصم فيقبل في حق قصر يده لا في حق ازالة ملك الموكل قال اي القدوري في مختصره واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي متعلق باقر اي اقر عند القاضي جاز اقراره عليه اطلق الاقرار والموكل ليتناول اسم الموكل للمدعي والمدعى عليه فان هذا الحكم وهو جواز اقرار الوكيل على موكله لا يتفاوت بين ان يكون موكله مدعيا او مدعى عليه سوى ان معنى الاقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل فاقرار وكيل المدعي هو ان يقر ان موكله قبض هذا المال واقرار وكيل المدعى عليه هو ان يقر بوجوب المال على موكله كذا في النهاية ومعراج الدراية وخلاصة هذا ما قاله صاحب العناية سواء كان موكله المدعي فاقر باستيفاء الحق او المدعى عليه فاقر بثبوته ويقرب منه ما قاله صاحب الكافي ولا فرق بين ان يكون الوكيل بالخصومة من المدعي فاقر بالقبض او الابراء او من المدعى عليه فاقر عليه بالحق ولا يجوز عند غير القاضي اي لا يجوز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله عند غير القاضي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله استحسانا وقوله استحسانا يتعلق بقوله جاز وبقوله لم يجز كما ذكر في النهاية قال الا انه يخرج عن الوكالة فلا يدفع المال اليه ولو ادعى بعد ذلك واقام بينة على ذلك لا تسمع بينته وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تبطل الوكالة على رواية الاصل لانه زعم انه مبطل في دعواه وقال ابو يوسف رح يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز في الوجهين اي في مجلس القاضي وفي غير مجلسه وبه قال مالك واحمد وابن ابي ليلى رحمهم الله وهو اي قول زفر رح والشافعي رح قول ابي يوسف رحمه الله اولا وهو القياس اي مقتضاه لانه اي الوكيل مامور بالخصومة وهي اي الخصومة منازعة ومشاجرة والاقرار يضاده اي يضاد الخصومة التي هي المنازعة وتذكير الضمير بتاويل الخصم لانه اي الاقرار مسالمة ومساعدة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا اي لاجل عدم تناول الامر بالشيء ضد ذلك الشيء لا يملك اي الوكيل بالخصومة الصلح والابراء وكذا لا يملك الهبة والبيع كما صرح به في الكافي وغيره فان في كل واحد من هذه الافعال ما يضاد الخصومة ويصح اي يصح التوكيل بالخصومة اذا استثنى الاقرار بان قال وكلتك بالخصومة غير جائز الاقرار او بان قال وكلتك بالخصومة بشرط ان لا تقر علي قال صاحب النهاية هذه المسئلة دليل من يقول ان التوكيل بالخصومة لا يتناول الاقرار فوجه الدلالة هو ان التوكيل بالخصومة لو كان مجاز المطلق الجواب كان ينبغي ان لا يصح استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة وذلك لان المراد من الجواب اما الاقرار او الانكار لا كلاهما بالاتفاق ثم في صحة استثناء الاقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل وذلك لا يجوز والدليل على هذا ان التوكيل بالخصومة غير جائز الانكار لا يصح لما قلنا فعلم بهذا ان التوكيل بالخصومة ليس بمجاز لمطلق الجواب انتهى كلامه اقول فيه نظر لانه ان اراد بقوله لان المراد من الجواب اما الاقرار او الانكار لا كلاهما بالاتفاق ان المراد من الجواب اما الاقرار وحده او الانكار وحده لا ما يعمهما بالاتفاق فلا نسلم ان الامر كذلك اذ المراد من الجواب عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ما يعم الانكار والاقرار بطريق عموم المجاز دون احدهما عينا كما سياتي بيانه مفصلا ومشروحا سيما من الشارح المذكور وان اراد بذلك ان المراد منه احدهما لا بعينه لا مجموعهما معا في حالة واحدة فهو مسلم اذ لا يصح جمع الانكار والاقرار معا في جواب قضية واحدة ولكن لا نسلم حينئذ قوله ثم في صحة استثناء الاقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل اذ اللازم فيها حينئذ انما هو استثناء الجزئي من الكلي كما لا يخفى قوله والدليل على هذا ان التوكيل بالخصومة غير جائز الانكار لا يصح لما قلنا ليس بتام ايضا اذ يصح استثناء الانكار في ظاهر الرواية كما يصح استثناء الاقرار نص عليه في الذخيرة وغيرها ثم اقول وبهذا ظهر

وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك ولهذا يختار فيه الاهدى فالاهدى

ما في كلام غاية البيان ايضا في هذا المقام حيث قال في تقرير المحل كما لو وكله بالخصومة واستثنى الاقرار فاقر الوكيل لم يصح اقراره لان لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الاقرار فلو تناوله لبطل الاستثناء وصح الاقرار لان الخصومة شيء واحد والاستثناء من شيء واحد لا يجوز انتهى فانه اراد بقوله لان الخصومة شيء واحد انها امر جزئي لا تعدد فيه اصلا فليس كذلك قطعا وان اراد بذلك انها واحد من حيث المفهوم فهو لا ينافي تعددها من حيث الافراد وصحة استثناء بعض افرادها منها عند التوكيل بها كما لا يخفى وقال تاج الشريعة في حل هذا المقام معناه ان الاقرار لو كان من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الثمن او لا يسلم المبيع انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في حل المقام لكن اورد عليه حيث قال ولو كان الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الثمن او لا يسلم المبيع ثم قال وفيه نظر لانه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء انتهى اقول نظره ساقط جدا لان عدم التناول انما ينافي صحة الاستثناء المتصل دون الاستثناء المنقطع ويجوز ان يكون مدار صحة استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة شرعا هو الاستثناء المنقطع فلا يلزم المحذور نعم يرد على المحل المذكور ان يقال ان صحة استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة شيء وجواز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله لا يقول بكون الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة بل يقول بكونه من جزئياته كما سيظهر من تقرير المصنف رح فلا يكون قوله ويصح اذا استثنى الاقرار على المعنى المذكور حجة عليه فليتأمل في التقريب اعلم ان الشارح الكاكي والشارح العيني جعلا قول المصنف ويصح اذا استثنى الاقرار جوابا عن سؤال يرد على قولهم اي على قول زفر والشافعي رح وقول ابي يوسف رح اولا وقررا السؤال والجواب بما لا حاصل له كما لا يخفى على الفطن الناظر في كلامهما ولما رأينا تفصيل ذلك اطنابا مملا اعرضنا عنه على ان مآل ما ذكره الكاكي في تقرير الجواب ما ذكر في النهاية ومآل ما ذكره العيني في تقريره ما ذكر في غاية البيان وقد عرفت حالهما وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة يعني الانكار اذ العادة في التوكيل جرت بذلك ولهذا يختار فيها اي في الخصومة الاهدى فالاهدى والاقرار لا يحتاج الى زيادة الهداية قال صاحب النهاية هذه المسألة مبتدأة خافية ليس ايرادها على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب مطلقا فهو على هذا الاختلاف ايضا كذا في المختلفات البرهانية انتهى وقد اقتفى اثره في ذلك اكثر الشراح الا ان صاحب العناية ذكره بطريق النقل عن النهاية وقال صاحب غاية البيان وكان هذا سهو القلم من صاحب الهداية وظني انه اراد بذلك فكذا في اذا وكله بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة على وجه النتيجة يعني لما كان الامر بالشيء لا يتناول ضده حتى لا يملك الوكيل بالصلح صح استثناء الموكل الاقرار انتج ان الوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار لا بجواب ما له هو الاقرار ولاجل ان التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة يختار في التوكيل بالخصومة الاهدى في الخصومة فالاهدى لا يمكن تصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره لانه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار لان المأمور به هو مطلق الجواب ولا يشمل الانكار والاقرار جميعا بخلاف المأمور بالخصومة اذ يجوز ان يقول زفر رح بين الخصومة والاقرار مضادة ولهذا صرح علاء الدين العالم في طريقة الخلاف انه ولو وكله بالجواب المطلق فاقر يصح فعلم انه اذا وكله بالجواب المطلق لا يتقيد بجواب هو خصومة وقد تحير بعض الشارحين في هذا المقام فقال هذه مسألة مبتدأة لا للاستشهاد الى هنا كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان كون الكلام المذكور من قبيل سهو القلم عما ظن انه مراد بذلك مما لا ينبغي ان ينسب الى من له ادنى تمييز فضلا عن ان ينسب الى صاحب الهداية ذلك الامام الذي لم يسمح بمثله الادوار ما دار الافلاك الدوار فان بين الكلام المذكور وبين ما ظنه مرادا بذلك بونا بعيدا من حيث اللفظ والمعنى فانى يتيسر الحمل على ان يكون احدهما سهوا عن الآخر واما ثانيا فلانا لا نسلم عدم امكان تصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره قوله لانه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار قلنا ان اراد به انه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد على قول ابي حنيفة رح ومحمد رح وقول ابي يوسف رح آخرا بجواب هو خصومة فهو مسلم لكن لا يضر بتصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره بناء على قول زفر والشافعي رحمهما الله وقول ابي يوسف رح اولا كما هو مراده قطعا وان اراد بذلك انه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد على قول زفر رح والشافعي رح وقول ابي يوسف رح اولا ايضا بجواب هو خصومة فهو ممنوع كيف وقد صرح في المختلفات البرهانية بان هذه المسألة ايضا على الاختلاف المذكور في التوكيل بالخصومة

وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا وصحته بتناوله ما يملكه قطعا وذلك مطلق الجواب دون احدهما عينا

قوله لان المامور به هو مطلق الجواب وهو يشمل الانكار والاقرار جميعا بخلاف المامور بالخصومة اذ يجوز ان يقول زفر رح بين الخصومة والاقرار مضادة قلنا لزفر رح ان يقول في مسئلة التوكيل بالجواب مطلقا ان الامر ينصرف الى جواب هو خصومة اذ العادة في التوكيل جرت بذلك ولهذا اختار الاهدي فالاهدي في الوكالة فتتقيد بدلالة العرف صرح بهذا التقرير في الكافي والتبيين ولا شك ان اتفاق جواب المسئلتين لا يقتضي اتحاد دليلهما قوله ولهذا صرح علاء الدين العالم في طريقة الخلاف انه لو وكله بالجواب المطلق فاقر يصح قلنا لا يدل ما صرح به علاء الدين العالم في طريقة الخلاف على انه لو وكله بالجواب المطلق فاقر يصح عند جميع الائمة حتى زفر رح والشافعي رح فلا يتم مطلوبه واما صحة ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رح على قول الآخر فمما لا شك فيه احد فاندفع ما اشتبه عليه ههنا بعد التغيير ثم اقول الانصاف ان كون ما ذكره المصنف ههنا مسئلة مبتدأة خلافية غير مورودة على وجه الاستشهاد كما اختاره جمهور الشراح مما لا يتيق بشان المصنف رح اذ هو بصدد بيان ادلة اقوال المجتهدين في مسئلة التوكيل بالخصومة فما الضرورة في شروع مسئلة اخرى اثناء ذكر ادلة هذه المسئلة قبل تمامها فالوجه عندي ان هذه المسئلة ذكرت ههنا على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب المطلق صريحا لا يتناول الاقرار بل يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار بدلالة العرف ولهذا يختار فيها الاهدي فالاهدي فكيف يتناول الاقرار ما اذا وكله بالخصومة بمجرد احتمال ان يراد بالخصومة مطلق الجواب مجازا نعم مسئلة التوكيل بالجواب مطلقا ايضا على الاختلاف المذكور في التوكيل بالخصومة كما صرح به في المختلفات البرهانية ولا يحصل بها الزام الخصم الا ان ذكرها ههنا من قبيل رد المختلف على المختلف فيه ليتبين تمامه تحقيقا عند المستدل وان لم يكن الزاميا ونظير هذا اكثر من ان يحصى فتدبر وجه الاستحسان ان التوكيل يعني التوكيل المعهود المذكور وهو التوكيل بالخصومة صحيح قطعا اي صحيح من كل وجه بالاجماع وصحته بتناوله ما يملكه قطعا اي صحة هذا التوكيل بتناوله ما يملكه الموكل قطعا لان التوكيل بغير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح قال صاحب غاية البيان ولا يلزم على هذا توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر او شرائها فانه يجوز على مذهب ابي حنيفة رح مع ان المسلم لا يملك ذلك بنفسه لانا نقول ان ذلك مملوك للمسلم ضمنا وحكما التصرف الوكيل وان لم يكن مملوكا قصدا على وجه لا يلحقه اللوم والاثم في ذلك على انا نقول ان للمسلم ولاية في جنس التصرف لكونه حرا عاقلا بالغا على وجه يلزمه حكم التصرف فيما تصرف بولاية ولا يشترط ان يكون للموكل ولاية في كل الافراد وقد مضى بيان ذلك في اوائل كتاب الوكالة عند قوله ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام انتهى كلامه اقول في جوابه الثاني بحث لانه لا يدفع النقض اللازم ههنا بصحة توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر وشرائها عند ابي حنيفة رح بل يؤيده فانه اذا لم يشترط ان يكون للموكل ولاية في كل الافراد فجاز عند ابي حنيفة رح بناء على ذلك توكيل المسلم الذمي بما لا يملكه بنفسه وهو بيع الخمر وشراؤها ينبغي ان يجوز عنده فيما نحن فيه ايضا صحة التوكيل بما لا يملكه الموكل بناء على ذلك فلا يتم قوله وصحته بتناوله ما يملكه قطعا وقال صاحب العناية وان اختلج في ذهنك صحة توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر فتذكر ما تقدم فيه انتهى اقول الذي تقدم فيه من صاحب العناية هو قوله في اوائل كتاب الوكالة بصدد شرح قول المصنف ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف قال صاحب العناية ان هذا القيد وقع على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة رح فمن شرطها ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكله به لا يجوز عنده ومنشأ هذا التوهم ان جعل اللام في قوله تملك التصرف للعهد اي يملك التصرف الذي وكل به واما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد انتهى ولا يخفى ان ما ذكره صاحب غاية البيان في جوابه الثاني وقد بينا انه لا يدفع النقض ههنا بل يؤيده وذلك اي ما يملكه الموكل مطلق الجواب المتناول للانكار والاقرار جميعا دون احدهما عينا اي دون احد الجوابين بعينه لانه ربما يكون احدهما بعينه حراما لان خصمه ان كان محقا يجب عليه الجواب بالاقرار وان كان مبطلا يجب عليه الجواب بالانكار فلا يملك المعين منهما قطعا فلا يصح التوكيل به قطعا بل يصح من وجه دون وجه وحيث صح من كل وجه علم انه يتناول مملوكه من كل وجه وهو مطلق الجواب لا داخل

وطريق المجاز موجود على ما نبينه ان شاء الله تعالى فيصرف اليه تحريا للصحة قطعا ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف رح انه لا يصح لانه لا يملكه وعن محمد رح انه يصح لان للتنصيص زيادة دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاولى وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبورا عليه ويخير الطالب فيه

تحته كل واحد منهما وطريق المجاز اي بين الخصومة ومطلق الجواب موجود على ما نبينه ان شاء الله تعالى على ما سياتي عن قريب عند بيان وجه قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله في هذه المسئلة فيصرف اليه اي فيصرف التوكيل بالخصومة الى التوكيل بمطلق الجواب تحريا للصحة قطعا اي تحريا لصحة كلام الموكل قطعا فان كلام العاقل يصان عن الالغاء ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف رح انه لا يصح جواب عن مستشهد زفر رح والشافعي رح يعني لا نم صحة هذا الاستثناء بل لا يصح على قول ابي يوسف رح كما ذكره شيخ الاسلام في شرح الجامع الصغير وفي اصول الفقه ايضا لانه اي لان الموكل لا يملكه اي لا يملك الاستثناء لان ملكه يستلزم تجويز الانكار عينا وقد لا يحل ذلك كما مر آنفا كذا ذكر في العناية وكثير من الشروح اولان من اصله ان صحة الاقرار باعتبار قيامه مقام الموكل لا لانه من الخصومة فيصير ثابتا بالوكالة حكما لها فلا يصح استثناؤه كما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الوكيل الثمن او لا يسلم البيع فان ذاك الاستثناء باطل كذا هذا كذا ذكر في الكافي وفي بعض الشروح وعن محمد رح انه يصح يعني ولئن سلمنا ان استثناء الاقرار يصح كما قال محمد رح في ظاهر الرواية لكنه انما يصح لان للتنصيص اي لتنصيص الموكل على الاستثناء زيادة دلالة على ملكه اياه اي على تملكه الانكار وبيان ذلك انه انما لم يحل له الانكار لجواز ان يكون خصمه محقا فاذا نص على استثناء الاقرار دل على انه يعلم بيقين ان خصمه مبطل حملا لامر المسلم على الصلاح فتعين الانكار وعند الاطلاق اي عند اطلاق التوكيل بالخصومة من غير استثناء الاقرار يحمل على الاولى اي يحمل كلامه على ما هو الاولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب وعنه اي عن محمد رح انه فصل بين الطالب والمطلوب اي فصل بين المدعي والمدعى عليه في استثناء الاقرار عند التوكيل بالخصومة فصحح استثناءه في الاول وهو الطالب ولم يصححه في الثاني وهو المطلوب لكونه اي لكون المطلوب مجبورا عليه اي على الاقرار كذا في النهاية وفي العناية ايضا نقلا عن النهاية وعلى ترك الانكار كذا في كثير من الشروح وقال في غاية البيان بعد ذكر ذلك ويقال لكون المطلوب شخصا يجبر عليه في الخصومة ويخير الطالب فيه اي في اصل الخصومة فله ترك احد وجهيها كذا في الكفاية وذكر في التتمة عن محمد رح انه يصح استثناء الاقرار من الطالب لانه مخير ولا يصح من المطلوب لانه مجبور عليه يعني ان الوكيل اذا كان من جانب المدعي صح استثناء الاقرار لان المدعي لما كان مخيرا بين الاقرار والانكار ادعى الاستثناء فائدة في حقه واما اذا كان من جانب المدعى عليه فلا يصح استثناء الاقرار لانه لا يفيد ذلك لان المدعي يثبت ما ادعاه بالبينة على المدعى عليه او يضطر المدعى عليه على الاقرار بعرض اليمين عليه فيكون هو مجبورا على الاقرار فكذلك وكيله الا ان التوكيل عند توجه اليمين يحيل اليمين على موكله لان النيابة لا تجري في الايمان فلا يفيد استثناء الاقرار فائدة كذا في النهاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية بعد ذكر ذلك مجملا ولقائل ان يقول المدعي قد يعجز عن اثبات دعواه بالبينة وقد لا يضطر المدعى عليه الى الاقرار لصحة اليمين لكونه محقا فيكون الاستثناء مفيدا والجواب ان المطلوب مجبور على الاقرار اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل فكان مجبورا في الجملة فلم يكن استثناؤه مفيدا فيه بخلاف الطالب فانه مخير في كل حال فكان استثناؤه مفيدا الى هنا كلامه اقول في الجواب نظر لانه اذا لم يتعين كون المطلوب مجبورا على الاقرار بل كان ذلك احتمالا محضا موقوفا على كونه مبطلا لم يتعين عدم الفائدة في استثنائه الاقرار بل كان ذلك ايضا احتمالا محضا فمجرد الاحتمال كيف يجوز اساءة الظن بالمسلم والغاء كلام العاقل مع وجوب حمل امر المسلم على الصلاح وصيانة كلام العاقل عن الالغاء واقول بقي ههنا بحث وهو ان الطالب ايضا قد يكون مجبورا على الاقرار لان اقرار الطالب لا يتصور من حيث انه مدع اذ الدعوى والاقرار متباينان بل متضادان وانما يتصور ذلك من حيث انه مدعى عليه باستيفاء حقه من خصمه ولا شك ان الطالب من حيث انه مدعى عليه يعرض عليه اليمين فيكون مجبورا على الاقرار لا يقال المراد ان الطالب من حيث انه طالب اي مدع يصح منه استثناء الاقرار لعدم كونه مجبورا على الاقرار من هذه الحيثية بل مخيرا بخلاف المطلوب حيث انه مطلوب اي مدعى عليه فانه قد يكون مجبورا عليه لانا نقول الطالب من حيث انه طالب لما لم يتصور منه الاقرار قط لم يكن استثناء الاقرار هناك اصلا فضلا عن صحته فليتأمل ثم قال صاحب العناية ولم يذكر المصنف الجواب عن صورة الصلح والابراء واجيب بانه انما لم يصلح الوكيل

فبعد ذلك يقول ابو يوسف ان الوكيل قائم مقام الموكل واقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه خرج في مقابلة الخصومة او لانه مسبب له لان الظاهر اتيانه بالمستحق عند طلب المستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به

بالخصومة لان الخصومة ليست بسبب داع الى الصلح او الى الابراء فلم يوجد مجوزة المجاز وفيه نظر فان افضائها الى الصلح والابراء ان لم يكن اشد من افضائها الى الاقرار فهو مثله لا محالة وايضا الخصومة والصلح متقابلان فينبغي ان تجوز الاستعارة والاولى ان يقال التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب اما بلى او بنعم والصلح عقد آخر يحتاج الى عبارة اخرى خلاف ما وضع للجواب وكذلك الابراء فلا يتناوله اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لا حقيقة ولا مجازا الى هنا كلامه اقول فنظره الاول ساقط جدا اذ لا نسلم ان افضاء الخصومة الى الصلح والابراء اشد من افضائها الى الاقرار او مثل افضائها اليه كيف والخصم قد يضطر الى الاقرار عند عرض اليمين عليه بخلاف الصلح والابراء فان الخصم لا يضطر اليهما اصلا بل هو مختار فيهما مطلقا على انهما لا يتحققان باختيار الخصم فقط بل لا بد فيهما من اختيار الخصم معا والى هذا كله اشار المجيب وهو الشارح الاتقاني في تقرير جوابه حيث قال والجواب عن القياس على الصلح فيقول انما لم يصح صلح الوكيل لان الخصومة ليست بسبب داع الى الصلح بل هو تصرف ابتداء يتعلق باختيارهما انتهى فبعد ذلك شرع في بيان ماخذ الاختلاف الواقع بين الائمة الثلاثة اي بعد ما ثبت ان التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب او بعد ما ثبت جواز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله يقول ابو يوسف رح في التسوية بين مجلس القضاء وغيره ان الوكيل قائم مقام الموكل فيقتضي هذا ان يملك ما كان الموكل مالكا له واقراره اي اقرار الموكل لا يختص بمجلس القضاء لان الاقرار موجب بنفسه وانما يختص بمجلس القضاء ما لا يكون موجبا الا بانضمام القضاء اليه كالبينة والنكول فكذا اقرار نائبه اي هو ايضا لا يختص بمجلس القضاء وهما اي ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله يقولان في الفرق بين مجلس القضاء وغيره ان التوكيل اي التوكيل بالخصومة يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة وهو الانكار او مجازا وهو الاقرار لما مر انه ينصرف الى مطلق الجواب ومطلق الجواب مجاز عام يتناول بعمومه الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو الاقرار والاقرار لا يكون خصومة مجازا الا في مجلس القضاء فما كان منه في غيره فليس بخصومة لا حقيقة وهو ظاهر ولا مجازا اذ الاقرار انما يكون خصومة مجازا من حيث انه جواب ولا جواب في غير مجلس القضاء فلا اقرار يكون خصومة مجازا في غيره فلا يتناوله الجواب الموكل به ثم ان طريق كون الاقرار من حيث انه جواب خصومة مجازا كما وعد المصنف بيانه فيما مر ما ذكره ههنا بقوله والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه اي الاقرار خرج في مقابلة الخصومة جوابا عنها فسمي باسمها كما سمي جزاء العدوان عدوانا في قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وكما سمي جزاء السيئة سيئة في قوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها كذا في المبسوط والاسرار قال صاحب العناية فكان مجوزه التضاد وهو مجوز لغوي لما قررنا في التقرير انه لا يصلح مجوزا شرعيا وقال بعض الفضلاء بل الظاهر ان مجوزه المشاكلة اقول لا يخفى على من يعرف حقيقة المشاكلة ويتقن النظر في مباحثها ان المشاكلة بمعزل فيما نحن فيه وانما غرة تمثيلهم ما نحن فيه بقوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها وقوله فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولكن جواز المشاكلة ايضا في ذينك الموضعين من النظم الشريف لا يقتضي جوازه فيما نحن فيه بل لا يتحقق او لانه اي الخصومة على تاويل التخاصم كذا في النهاية وغيرها وقال في معراج الدراية وفي بعض النسخ او لانها سبب له اي الاقرار وقد يسمى المسبب باسم السبب كما يقال صلاة العيد سنة مع انها واجبة باعتبار انها ثبتت بالسنة وكما يسمى جزاء السيئة سيئة اطلاقا لاسم المسبب على السبب فكان المجوز السببية قال في العناية وهو مجوز شرعي نظير الاتصال الصوري في اللغوي كما عرف لان الظاهر اتيانه اي اتيان الخصم بالمستحق فيكون الخصومة سببا له حيث افضى اليه ظاهرا كذا ذكره تاج الشريعة واختاره العيني ثم يكون قوله لان الظاهر الخ تعليلا لقوله او لانه سبب له وقيل هو تعليل لقوله والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا بملاحظة القصر في التقييد بقوله في مجلس القضاء يعني لا الاقرار في غيره فتامل انتهى ويشعر به تحرير صاحب الكفاية حيث قال اما اختصاصه بمجلس القضاء فلان الظاهر اتيانه بالمستحق الخ فتفكر وهو اي المستحق الجواب في مجلس القضاء لا غير فيختص به اي فيختص جواب الخصومة بمجلس القضاء قال صاحب العناية ولو قال لان الواجب عليه اتيانه بالمستحق بدل لان الظاهر كان ادخل في تادية المقصود انتهى وقال بعض الفضلاء انما لم يقل لان الواجب الخ لتعلق المنع

واذا اقيمت البينة على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار كالاب او الوصي اذا اقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليه

على دعوى الوجوب وسند ما مر في اول كتاب الوكالة من الشارح ما بين حكمها انتهى اقول ليس هذا بشئ لان مداره على زعم ان ضمير عليه وايتانه في قوله الا يجب عليه ايتانه بالمستحق راجع الى الوكيل من حيث انه وكيل وليس كذلك بل هو راجع الى الخصم وهو الموكل حقيقة وان عد الوكيل ايضا خصما لقيامه مقام الموكل فالوجوب ههنا ليس من حكم الخصومة لا حكم الوكالة ووجوب الجواب على الخصم مما لا يقبل المنع قطعا وتحاشى من صاحب العناية في اول كتاب الوكالة وهو جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه انما هو حكم الوكالة وذلك لا ينافي كون الوجوب المذكور ههنا حكم الخصومة فلا يكاد يصلح سندا لمنع ذلك الا يرى انه يجب على الوكيل كثير من احكام ما باشره بالوكالة كما قالوا كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة وغيرهما فحقوقه تجب على الوكيل دون الموكل مع اطباقهم على ان حكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه بالتوفيق في ذلك كله ان الوجوب حكم ما باشره والجواز حكم اصل الوكالة فلا تنافي لكن اذا اقيمت البينة على اقراره اي على اقرار الوكيل في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة هذا استدراك من قوله فيختص به وفيه اشارة الى دفع ما يقال اذا لم يكن الاقرار في غير مجلس القضاء جوابا كان الواجب ان لا يكون معتبرا ولا يخرج عن الوكالة ومعناه لكن اذا ثبت انه اقر عند غير القاضي خرج من الوكالة حتى لا يؤمر الا يؤمر الخصم بدفع المال اليه اي الى الوكيل لانه صار مناقضا في كلامه حيث كذب نفسه بالقول الاول والمناقض لا دعوى له قال في الكافي حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه لا يمكن ان يبقى وكيلا بمطلق الجواب لانه لا يملك الانكار لانه يصير مناقضا في كلامه فلو بقي وكيلا لبقي وكيلا بجواب مقيد وهو الاقرار وما وكله بجواب مقيد وانما وكله بالجواب مطلقا انتهى وصار اي صار الوكيل المقر في غير مجلس القضاء كالاب او الوصي اذا اقر اي اقر واحد منهما في مجلس القضاء فانه لا يصح اقراره ولا يدفع المال اليه بيانه ان الاب او الوصي اذا ادعى شيئا للصغير فانكر المدعى عليه وصدقه الاب او الوصي ثم جاء يدعي المال فان اقرارهما لا يصح ولا يدفع المال اليهما لانهما خرجا من الولاية والوصاية في حق ذلك المال بسبب اقرارهما بما قاله المدعى عليه فكذلك ههنا كذا ذكر في اكثر الشروح والاحسن ما ذكر في الكفاية من ان الاب والوصي اذا اقرا على اليتيم في مجلس القضاء انه استوفى حقه لا يصح اقرارهما عليه ولكن لا يدفع المال اليهما لزعمهما بطلان حق الاخذ وانما لا يصح اقرارهما لان ولايتهما نظرية ولا نظر في الاقرار على الصغير انتهى واعلم ان حاصل هذه المسئلة اعني مسئلة التوكيل بالخصومة على خمسة اوجه الاول ان يوكله بالخصومة ولا يتعرض لشئ آخر وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالانكار بالاجماع ويصير وكيلا بالاقرار ايضا عند علمائنا الثلثة الثاني ان يوكله بالخصومة غير جائز الاقرار وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالانكار لان باستثناء الاقرار تبين ان التوكيل ما تناول نفس الجواب بل تناول جوابا مفيدا بالانكار هكذا ذكره شيخ الاسلام في الاصل وذكر الامام فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع ان هذا الاستثناء على قول ابي يوسف رح لا يصح وعند محمد رح يصح وهكذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح وكالة الاصل وفي الفتاوى الصغرى ان استثناء الاقرار من الطالب يصح ومن المطلوب لا يصح عند محمد رح الثالث ان يوكله بالخصومة غير جائز الانكار وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالاقرار ويصح الاستثناء في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح لا يصح الاستثناء الرابع ان يوكله بالخصومة جائز الاقرار عليه وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالخصومة والاقرار حتى لو اقر صح اقراره على الموكل عندنا خلافا للشافعي رح وبعض اصحابنا قالوا ان التوكيل بالاقرار صحيح عندنا ولا يصير الموكل مقرا بنفس التوكيل عند ذكر محمد رح المسئلة في باب الوكالة بالصلح الخامس ان يوكله بالخصومة غير جائز الاقرار والانكار على رواية في هذا الوجه عن اصحابنا رح وقد اختلف المتاخرون فيه بعضهم قالوا لا يصح هذا التوكيل اصلا لان التوكيل بالخصومة توكيل بجواب الخصومة وجواب الخصومة اقرار او انكار فاذا استثنى كلاهما لم يبق ما يدخل تحته شيئا وحكي عن القاضي الامام ابي عبد الله النيسابوري انه قال يصح التوكيل ويصير الوكيل وكيلا بالسكوت حتى يحضر مجلس الحكم حتى يسمع البينة عليه وانما يصح التوكيل بهذا القدر لان ما هو مقصود الطالب وهو الوصول الى حقه بواسطة اقامة البينة يحصل به كل ذلك من الذخيرة ثم اعلم انه لو اقر الوكيل بالخصومة في حد القذف والقصاص لا يصح اقراره لان التوكيل بالخصومة جعل توكيلا بالجواب مجازا لا اجتهادا

قال ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا فى ذلك ابدا لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه فى ابراء ذمته فانعدم الركن

فيمكنت فيه شبهة العدم فى اقرار الوكيل فيورث شبهة فى هذا ثانيه بالشبهات كذا فى التبيين قال اى محمد رح فى الجامع الصغير ومن كفل بمال فوكله صاحب المال بقبضه اى بقبض المال عن الغريم لم يكن وكيلا فى ذلك اى لم يكن الكفيل وكيلا فى قبض المال الغريم ابدا اى لا بعد براءة الكفيل ولا قبلها حتى لو هلك المال فى يده لم يهلك على الموكل اما بعد البراءة فلانها لما لم يصح حال التوكيل لما ذكر لم ينقلب صحيحة كمن كفل لغائب فاجازه بعد ما بلغه فانها لا يجوز عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله لانها لم يصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة واما قبل البراءة فلما ذكره بقوله لان الوكيل من يعمل لغيره وهو ظاهر والكفيل ليس من يعمل لغيره فانه عامل لنفسه فى ابراء ذمته فلو صححناها اى لو صححنا الوكالة فيما نحن فيه صار اى صار الوكيل عاملا لنفسه فى ابراء ذمته لان قبضه يقوم مقام قبض الموكل وبقبضه تبرأ ذمة الكفيل فكذا القبض وكيله فانعدم الركن اى ركن الوكالة وهو العمل للغير فانعدم عقد الوكالة لانعدام ركنه وصار هذا كالمحتال اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عليه لا يصير وكيلا لما قلنا فان قيل يشكل بان رب الدين اذا وكل المديون بابراء نفسه عما عليه من الدين فانه يصح نص عليه فى الجامع الكبير وان كان المديون فى ابراء نفسه ساعيا فى فكاك رقبته قلنا ذكر شيخ الاسلام فى تعليل هذه المسئلة ان المديون لا يصلح وكيلا عن الطالب بابراء نفسه على خلاف ما ذكر فى الجامع وكان للمنع فيه مجال كذا فى الفوائد الظهيرية ولئن سلمنا ذلك فنقول ان الابراء تمليك بدليل انه يرتد بالرد فلا يرد علينا نقضا لان كلامنا فى التوكيل لا التمليك كذا فى النهاية واكثر الشروح اقول فى الجواب نظر اما فى المنع فلان ما ذكر شيخ الاسلام كيف يصلح للمعارضة لما نص عليه محمد رح فى الجامع حتى يكون للمنع فيه مجال واما فى التسليم فلان النقض ليس بنفس الابراء بل بالتوكيل بالابراء فما معنى قولهم ان كلامنا فى التوكيل لا فى التمليك على ان المنقوض ههنا ليس نفس المسئلة بل دليلها المذكور فانه جار بعينه فى صورة توكيل المديون بابراء نفسه عما عليه من الدين مع تخلف الحكم وهو عدم الصحة هناك فلا فائدة فى دفع ذلك للفرق المذكور اصلا كما لا يخفى اللهم الا ان يقال مراده ان التوكيل بالابراء فى الصورة المذكورة تمليك حقيقة وان كان توكيلا صورة وكلامنا فى التوكيل الحقيقى لا فيما هو توكيل صورة تمليك حقيقة والدليل المذكور ايضا انما يجرى فى التوكيل الحقيقى لان كون الوكيل عاملا لغيره انما هو فى ذلك وقد لمح الى هذا التوجيه تقرير صاحب الكافى فى الجواب عن السؤال المذكور حيث قال فان قيل الدائن اذا وكل المديون بابراء نفسه عن الدين يصح نص عليه فى الجامع وان كان المديون فى ابراء نفسه ساعيا فى فكاك رقبته قلنا انما يصح ثمة لانه تمليك لا توكيل كما فى قوله طلقى نفسك انتهى فقال قال صاحب الكفاية بعد نقل السؤال والجواب عن الكافى فان قلت لو كان تمليكا لاقتصر على المجلس قلت لا يقتصر انتهى اقول يمكن ان يعارض هذا بانه لو لم يكن تمليكا لما ارتد بالرد كما اشتهر اليه فى سائر الشروح حيث قيل ان الابراء تمليك بدليل انه يرتد بالرد فتدبر ثم ان الامام الزيلعى ذكر السؤال المذكور وجوابه فى شرح الكنز على نهج ما ذكر فى الكافى بنوع تغيير عبارة فى السؤال والجواب حيث قال فان قيل الدائن اذا وكل المديون بابراء نفسه عن الدائن يصح ان كان عاملا بنفسه ساعيا فى براءة ذمته قلنا ذلك تمليك وليس بتوكيل كما فى قوله طلقى نفسك انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال بعد نقل ذلك عنه فيه بحث لانه ان اراد انه تمليك للدين فمسلم لكن المشهور انه ليس بتمليك الا ان يقال انه من قبيل المبالغة فى التشبيه وان اراد انه تمليك للابراء كما فى طلقى نفسك فانه تمليك للطلاق فالتوكيل ايضا تمليك للتصرف الموكل به كما علم فى الدرس السابق ايضا انتهى اقول يجوز ان يختار كل واحد من شقى ترديده اما الاول فلسقوط منع ذلك باقامة الدليل عليه بانه لو لم يكن تمليكا للدين بل كان اسقاطا له لما ارتد بالرد فان الاسقاط يتلاشى لا يرتد بالرد على ما عرف وقد اشار اليه الشراح بقولهم الابراء تمليك بدليل انه يرتد بالرد واما الثانى فلسقوط بعض ذلك بالتوكيل فان التوكيل على ما مر فى صدر كتاب الوكالة اقامة الانسان غيره مقام نفسه فى تصرف معلوم فهو نيابة محضة لا تمليك شئ اصلا فقوله فالتوكيل ايضا تمليك للتصرف الموكل به كما علم فى الدرس السابق ايضا ممنوع جدا اذ لم يعلم قط لا فى الدرس السابق ولا فى موضع

وهو قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئا لنفسه فينعدم بانعدامه لازمه وهو نظير عبد ماذون مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكل الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بينا قال ومن ادعى انه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص ماله فان حضر الغائب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الاداء ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله ان ينقض قبضه وان كان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره

آخر ان التوكيل تمليك شئ بل هم مصرحون بكونه مقابلا للتمليك في مواضع شتى سيأتي باب تفويض الطلاق من كتاب الطلاق ثم قيل ينبغي ان يصح وكالة الكفيل في مسئلتنا لانه عامل لرب الدين قصدا وعمله لنفسه كان وقعا في ضمن عمله لغيره والضمنيات قد لا يعتبر واجيب بانا لا نسلم ذلك بل العمل لنفسه اصل اذ الاصل ان يقع تصرف كل عامل لنفسه لا لغيره وقيل لما استويا في جهة الاصالة ينبغي ان تبطل الكفالة بالوكالة لان الوكالة كانت طارية على الكفالة فكانت ناسخة للكفالة كما اذا تاخرت الكفالة عن الوكالة فانها تكون ناسخة للوكالة فان الامام المحبوبي ذكر في الجامع الصغير ان الوكيل بقبض الدين اذا ضمن المال للموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة وجه بان الكفالة تصلح ناسخة للوكالة ومبطلة لها لا على العكس لان الشئ جاز ان يكون منسوخا بما هو مثله او فوقه لا بما هو دونه والوكالة دون الكفالة في الرتبة لان الكفالة في الرتبة لان الكفالة عقد لازم لا يتمكن الكفيل من عزل نفسه بخلاف الوكالة فلم يجز ان تكون الوكالة ناسخة للكفالة والله تعالى اعلم ولان قبول قوله اي قبول قول الوكيل ملازم للوكالة هذا دليل آخر على المسئلة تقريره ان الوكالة تستلزم قبول قول الوكيل لكونه امينا ولو صححناها اي لو صححنا الوكالة ههنا لا تقبل اي لم تقبل قوله لكونه مبرئا نفسه عما لزمه بحكم كفالته فانتفى اللازم وهو قبول قوله فينعدم اي التوكيل الذي هو الملزوم بانعدام لازمه التي هي قبول قوله لان انتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم فيلزم من صدقه حال فرض وجوده وما كان كذلك فهو معدوم وهو نظير عبد ماذون مديون اي ما ذكر من مسئلتنا نظير مسئلة عبد مديون او بطلان الوكالة فيها فيه نظير بطلانها في عبد مديون وفي بعض النسخ ونظيره عبد مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته اي ضمن المولى قدر قيمة العبد سواء كان موسرا او معسرا للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب اي فلو وكل المولى الطالب وهو رب الدين بقبض المال من العبد كان باطلا اي كان التوكيل باطلا لما بينا من ان الوكيل من يعمل لغيره وههنا لما كان المولى ضامنا لقيمة العبد كان في مقدارها عاملا لنفسه لانه يبرئ نفسه فكان التوكيل باطلا قال اي القدوري في مختصره ومن ادعى انه وكيل الغائب اي وكيل فلان الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم اي المديون امر اي الغريم بتسليم الدين وفي بعض النسخ بتسليم المال اليه اي الى مدعي الوكالة لانه اي لان تصديق الغريم اياه اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص ماله اي لان ما يقضيه المديون خالص مال المديون اذ الديون تقضى بامثالها لا باعيانها كما تقدم وتقرر فما اداه المديون مثل مال رب الدين لا عينه فكان تصديقه اقرارا على نفسه ومن اقر على نفسه بشئ امر بتسليمه الى المقر له فان حضر الغائب اي رب الدين فصدقه اي صدق الوكيل فيها والا اي وان لم يصدقه دفع اليه اي الى رب الدين الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء اي استيفاء رب الدين حقه حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله اي القول في انكار الوكالة قول رب الدين مع يمينه لان الدين كان ثابتا والمديون يدعي امرا عارضا وهو سقوط الدين بادائه الى الوكيل ورب الدين ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه واذا لم يثبت الاستيفاء فيفسد الاداء اي يفسد الاداء الى مدعي الوكالة واداء الدين واجب على المديون فيجب الدفع ثانيا الى رب الدين فيرجع به اي فيرجع المديون بما دفعه اولا على الوكيل اي على مدعي الوكالة ان كان باقيا في يده اي ان كان ما دفعه الى الوكيل باقيا في يده لان غرضه اي غرض المديون من الدفع اي من الدفع الى الوكيل براءة ذمته من الدين ولم يحصل اي لم يحصل البراءة فله ان ينقض قبضه اي فللمديون ان ينقض قبض الوكيل وان كان ضاع اي ان كان ما دفعه الى الوكيل ضاع في يده لم يرجع اي المديون عليه اي على الوكيل لانه اي المديون بتصديقه اي بتصديق الوكيل اعترف انه اي الوكيل محق في القبض والمحق في القبض لا يرجع عليه وهو اي المديون مظلوم في هذا الاخذ اي في الاخذ الثاني وهذه الجملة اعني قوله وهو مظلوم في هذا الاخذ معطوف على ما في حيز ان في قوله اعترف انه محق في القبض فالمعنى ان المديون بتصديق الوكيل اعترف ايضا انه زعم انه مظلوم في هذا الاخذ الثاني والمظلوم لا يظلم غيره فلا ياخذ المديون من الوكيل بعد الهلاك قال صاحب العناية فان قيل هذا الوجه يقتضي ان لا يرجع عليه ايضا اذا كانت العين في يده باقية فالجواب ان العين اذا كانت باقية امكن نقض القبض فيرجع

قال الا ان يكون ضمنه عند الدفع لان الماخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة اضيفت الى حالة القبض فيصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه في الوكالة وانما دفعه اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة وهذا اظهر

ينقضه اذا لم يحصل غرضه من التسليم واما اذا اهلكت فلم يمكن نقضه فلم يرجع عليه انتهى اقول القائل ان يقول ان المحق في القبض كما لا يرجع عليه ابتداء لا تيسر نقض قبضه ايضا بلا رضاه فكيف يرجع بنقضه وان المظلوم كما لا يجوز ان يظلم غيره ابتداء كذلك لا يجوز له ان يتوسل اليه بوسيلة كنقض القبض ههنا فلا يتم الجواب المذكور فالجواب الواضح ان الوكيل وان كان محقا في القبض على زعم المديون الا ان قبضه لم يكن لنفسه اصالة بل كان لاجل الايصال الى موكله بطريق النيابة فلم يكن ما قبضه ملك نفسه فاذا اخذ الدائن من المديون ثانيا ولو كان ظلما في زعم المديون لم يبق للوكيل حق ايصال ما قبضه الى الموكل لوصول حق الموكل الى نفسه من الغريم فان كان عين ما قبضه الوكيل باقية في يده لم يكن برجوع المديون عليه ظلما له اصلا لان قبضه لم يكن لملك نفسه بل كان مقبوضا لاجل الايصال الى موكله واذا لم يبق له حق الايصال الى الموكل فللمديون نقض قبضه بعد ذلك لعدم حصول غرضه من الدفع الى الوكيل واما اذا كان عين ما قبضه هالكة فان ما قبضه وان لم يكن ملك نفسه الا ان يده كانت يد امانة على زعم المديون حيث صدقه في الوكالة وتضمين الامين ظلم لا يخفى ثم ان الامام الزيلعي قال في التبيين ويرد على هذا ما لو كان لرجل الف درهم مثلا الف آخر دين على رجل فمات وترك ابنين فاقتسما الالف العين نصفين فادعى الذي عليه الدين ان الميت استوفى منه الالف حال حيوته فصدقه احدهما وكذبه الآخر فالمكذب يرجع عليه بخمس مائة ويرجع بها الغريم على المصدق وهو في زعمه ان المكذب ظالمه في الرجوع عليه فظلم هو المصدق بالرجوع بما اخذه المكذب وذكر في الامالي انه لا يرجع لان الغريم زعم انه بري عن جميع الالف الا ان الابن الجاحد ظلمه ومن ظلم ليس له ان يظلم غيره وما اخذه الجاحد دين على الجاحد ودين الوارث لا يقضى من التركة وجه الظاهر ان المصدق اقر على ابيه بالدين لان الاقرار بالاستيفاء اقرار بالدين لان الديون تقضى بامثالها فاذا كذبه الآخر واخذ منه خمس مائة لم تسلم له البراءة الا عن خمسمائة فبقيت خمس مائة دينا على الميت فيرجع بها على المصدق فيما اخذه من بالارث حتى يستوفي لان الدين مقدم على الارث الى هنا كلامه فتامل قال اي المصنف في البداية الا ان يكون ضمنه عند الدفع هذا استثناء من قوله لم يرجع عليه يعني اذا ضاع في يده لم يرجع عليه الا ان يكون ضمنه عند الدفع وهذا اللفظ مروي بالتشديد والتخفيف ففي التشديد كان الضمير المستكن في ضمنه مستندا الى المديون والضمير البارز راجعا الى الوكيل وفي التخفيف على العكس فان معنى التشديد هو ان يجعل المديون الوكيل ضامنا عند دفع المال الى الوكيل بان يقول له اضمن لي ما دفعته اليك عن الطالب حتى لو اخذ الطالب مني ماله اخذ منك ما دفعته اليك ومعنى التخفيف هو ان يقول الوكيل للمديون انا ضامن لك ان اخذ منك الطالب ثانيا فانا ارد عليك ما قبضته منك وعلى كلا التقديرين يرجع المديون على الوكيل لان الماخوذ عليه ثانيا مضمون عليه اي على رب الدين في زعمهما اي في زعم الوكيل والمديون لان رب الدين في زعمهما ظالم فيما يقبضه ثانيا وهذه اي هذه الكفالة اضيفت الى حالة القبض اي الى حالة قبض رب الدين ثانيا فتصح اي فتصح هذه الكفالة لاضافتها الى سبب الوجوب وهو قبض رب الدين فصارت بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان اي بما يذوب اي يجب له عليه فهذا ماض اريد به المستقبل وقد مر تقريره في كتاب الكفالة فوجه المشابهة بين المسئلتين كون كل واحدة منهما كفالة اضيفت الى حال وجوب في المستقبل على المكفول عنه ولو كان الغريم لم يصدقه اي لم يصدق الوكيل في الوكالة يعني ولم يكذبه ايضا بل كان ساكتا لان فرع التكذيب سياتي عقيب هذا ودفعه اليه اي دفع المال الى الوكيل على ادعائه اي بناء على مجرد دعوى الوكيل فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه اي الغريم لم يصدقه اي الوكيل في الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة او على رجاء ان يجيزه صاحب المال فاذا انقطع رجاؤه اي رجاء الغريم برجوع صاحب المال عليه رجع عليه اي رجع الغريم ايضا على الوكيل وكذا اذا دفعه اليه اي وكذا الحكم اذا دفع الغريم المال الى الوكيل على تكذيبه اي على تكذيب الغريم اياه اي الوكيل في الوكالة اي في دعوى الوكالة وهذا اي جواز رجوع المديون على الوكيل في صورة التكذيب اظهر اي اظهر من جواز رجوعه عليه في الصورتين الاوليين وهما صورة التصديق مع التضمين وصورة السكوت لانه لما يرجع عليه في تينك الصورتين مع انه لم يكذبه فيهما فلان يرجع عليه في هذه الصورة وقد كذبه فيها اولى بالطريق لانه اذا كذبه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب وللمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب

وانما

لما قلنا في الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدي صار حقا للغائب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع الياس عن غرضه ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه لانه اقر له بمال الغير بخلاف الدين ومن ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له لا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه

قطعا لما قلنا اشارة الى قوله وانما دفع اليه على رجاء الاجازة لكنه دليل الرجوع لا دليل الطهرية كما لا يخفى وفي الوجوه كلها يعني الوجوه الاربعة المذكورة وهي دفعه مع التصديق من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين ودفعه ساكتا من غير تصديق ولا تكذيب ودفعه مع التكذيب ليس له اي ليس للغريم ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدي صار حقا للغائب اما ظاهرا وهو في حالة التصديق او محتملا وهو في حالة التكذيب كذا في عامة الشروح اقول الحق في بيان قوله او محتملا ان يقال وهو في حالة التكذيب وحالة السكوت ليتناول كلامه الوجوه المذكورة كلها وقيل ظاهرا ان كان الوكيل ظاهر العدالة او محتملا ان كان فاسقا او مستورا لحال فصار الحكم في الوجوه كلها كما اذا دفعه اي كما اذا دفع الغريم المال الى فضولي على رجاء الاجازة من صاحب المال فان الدافع هناك لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة فكذا ههنا ولان من باشر التصرف لغرض عطف على قوله لان المؤدي صار حق الغائب ليس له ان ينقضه ما لم يقع الياس عن غرضه اي عن حصول غرضه لان سعي الانسان في نقض ما تم من جهته مردود كما اذا كان الشفيع وكيلا المشتري ليس له الشفعة لانه لو كان له الشفعة كان ساعيا في نقض ما تم من جهته وهو البيع ولم يذكر المص ره ان الغريم اذا انكر الوكالة هل يحلف اولا قال الخصاف لا يحلف على قول ابي حنيفة رح ويحلف على قولهما انه ادعى عليه ما لو اقر به لزمه فاذا انكره يحلف لكنه على العلم لانه على فعل الغير وله ان الاستحلاف تبتني على دعوى صحيحة وما لم يثبت نيابته عن الآمر لم تصح دعواه فلا يستحلف وكذا اذا لم يذكر ما اذا اقر بالوكالة وانكر الدين والحكم فيه على عكس ذلك اي يستحلف عنده خلافا لهما بناء على ان الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة عنده وقد تثبت الوكالة في حقه باقراره كذا في العناية اخذا من النهاية وذكر في الكافي انه ان دفع الغريم المال الى الوكيل ثم اقام البينة على انه ليس بوكيل اذا اقام البينة على اقراره ان الطالب وكله لا يقبل ولو اراد استحلافه على ذلك لا يحلف عليه لان كل ذلك يبتني على دعوى صحيحة ولم توجد لكونه ساعيا في نقض ما اوجبه للغائب فان اقام الغريم البينة على ان الطالب جحد الوكالة وقبض المال بنفسه يقبل لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل بناء على اثبات سبب انقطاع حق الطالب عن المدفوع وهو قبضه المال بنفسه فانتصب الحاضر خصما عن الغائب في اثبات السبب فيثبت قبض الموكل فينتقض قبض الوكيل ضرورة وجاز ان تثبت الشيء ضمنا وضرورة ولا تثبت مقصودا انتهى ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه هذا لفظ القدوري في مختصره علله المص ره بقوله لانه اي المودع بفتح الدال اقر له اي للوكيل بمال الغير وهو المودع بكسر الدال فانه اقر ببقاء الوديعة على ملك المودع والاقرار بمال الغير بحق القبض غير صحيح بخلاف الدين حيث يؤمر المديون بالتسليم الى الوكيل الذي صدقه في وكالته على ما مر فان الديون تقتضى بامثالها فكان اقرار المديون اقرارا على نفسه بحق المطالبة والقبض كذا ذكره الامام قاضيخان ثم ان الوجوه الاربعة المذكورة في الوكيل بقبض الدين واردة في الوكيل بقبض الوديعة ايضا فانه قال في المبسوط واذا قبض رجل وديعة رجل فقال رب الوديعة ما وكلتك وحلف على ذلك وضمن المال المستودع رجع المستودع بالمال على القابض ان كان عنده بعينه لانه ملكه باداء الضمان وان قال هلك مني او دفعته الى الموكل فهو على التفصيل الذي قلنا ان صدقه المستودع في الوكالة لم يرجع عليه بشيء وان كذبه او لم يصدقه ولم يكذبه او صدقه وضمنه كان له ان يضمنه لما قلنا انتهى وذكر في الفوائد الظهيرية في فصل الوديعة اذا لم يؤمر بالتسليم ومع هذا سلم ثم اراد الاسترداد بل له ذلك ذكر شيخ الاسلام علاء الدين في شرح الجامع الصغير انه لا يملك الاسترداد لانه ساع في نقض ما اوجبه وقال ايضا واذا لم يؤمر المودع بالتسليم ولم يسلم حتى ضاعت في يده هل يضمن قيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع والمنع من المودع يوجب الضمان فكذا من وكيله انتهى ولو ادعى اي لو ادعى احد وفي بعض النسخ فلو ادعى ذكر المص ره هذه المسألة تفريعا على مسألة القدوري انه الضمير للشان مات ابوه اي اب المدعي وترك الوديعة ميراثا له اي للمدعي لا وارث له اي للميت غيره اي غير المدعي وصدقه المودع امر بالدفع اليه اي امر المودع بدفع الوديعة الى ذلك المدعي اقول من العجائب

لانه لا يبقى ماله بعـــــد موته فقد اتفقا

ههنا ان الشارح العيني قال في تفسير هذه المسألة اي فلو ادعى من قال اني وكيل انه اي ان فلانا مات ابوه الخ ولا يخفى على من له ادنى مسكة ان هذه المسألة مسألة الوراثة ذكرت تفريعا على مسألة الوكالة لبيان الاختلاف بينهما في الحكم وانه لا مجال لان يكون الضمير المستكن في ولو ادعى اي فلو ادعى راجعا الى من قال اني وكيل لان المودع لا يؤمر بالتسليم الى مدعي الوكالة اصلا قال المصنف في تعليل تلك المسألة لانه اي لان مال الوديعة لا يبقى ماله اي لا يبقى مال المودع بعد موته اي بعد موت المودع قال صاحب النهاية ماله بالنصب قال هكذا كان معربا باعراب شيخي اي لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته اي منسوبا اليه ومملوكا له فكان انتصابه على تاويل الحال كما في كلمته فاه الى في اي متنافها انتهى وقال صاحب معراج الدراية بعد نقل ما في النهاية بعينه ويجوز الرفع وقال صاحب غاية البيان قوله لا يبقى ماله بالنصب على انه حال كما في قولك كلمته فاه الى في يعني لا يبقى مال الوديعة مال ابيه بعد موت ابيه انتهى وقال صاحب العناية وروى صاحب النهاية عن خط شيخه نصب ماله ووجهه بكونه حالا كما في كلمته فاه الى في اي متنافها ومعناه لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته منسوبا اليه ومملوكا له وتبعه كثير من الشارحين وارى انه ضعيف لان الحال مقيد للعامل فكلمته يجوز ان يكون مقيدا بالمشافهة اي كلمته في حال المشافهة واما قوله لا يبقى مال الوديعة حال كونه مملوكا له منسوبا اليه فليس له معنى ظاهر والظاهر في اعرابه الرفع على انه فاعل لا يبقى اي لان المودع لا يبقى ماله بعد موته لانتقاله الى الوارث انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلانه قد تقرر في علم البلاغة انه يجوز في امثال هذا الترتيب ان يعتبر القيد اولا فيؤول المعنى الى نفي القيد وان يعتبر النفي اولا فيؤول المعنى الى تقييد النفي وتعيين كل واحد من الاعتبارين بقرينة تشهد له فان اراد بقوله واما قوله لا يبقى مال المودع حال كونه مالا مملوكا له منسوبا اليه فليس له معنى ظاهر انه ليس له معنى ظاهر على الاعتبار الاول فمسلم اذ لا يخفى ان نفي بقاء مملوكية مال الوديعة للمودع وانتسابه اليه بعد موته معنى ظاهر مقبول وان اراد بذلك انه ليس له معنى ظاهر على الاعتبار الثاني فنعم لكن المراد ههنا هو الاعتبار الاول كما لا يخفى واما ثانيا فلانه على تقدير رفع ماله على انه فاعل لا يبقى يصير المعنى لا يبقى عين ماله بعد موته وليس هذا المعنى بصحيح اذ المال باق بعينه بعد موته وانما المنتفي بعد موته مملوكيته وانتسابه اليه وذلك من اوصاف المال واحواله المفهوم من النصب على الحالية ولا يفهم من الرفع على الفاعلية اللهم الا ان يدعى انه يوجد من اضافة المال الى الضمير الراجع الى المودع لكنه بعيد جدا فالظاهر في افادة المعنى المقصود هو النصب كما لا يخفى ثم ان الشارح العيني قد زاد في الطنبور نغمة حيث قال بعد نقل ما في النهاية وما في العناية والصواب هو الرفع على ما قاله الاكمل وقد فاته شيء آخر وهو ان من شرط الحال ان يكون من المشتقات والمال ليس منها الا انه يجوز بالتاويل ولو قال صاحب النهاية ومن تبعه في انه نصب على الحال انه حال على تاويل متمولا اي لا يبقى الميت بعد موته متمولا لكان له وجه انتهى اقول ليس ما زاده بشيء اما قوله ان من شرط الحال ان تكون من المشتقات فمم الا يرى الى قول ابن الحاجب وكل ما دل على هيئة صح ان يقع حالا مثل هذا بسرا اطيب منه رطبا ولئن سلم ذلك بناء على قول جمهور النحاة فجواز كون غير المشتق حالا بالتاويل بالمشتق مما لم ينكره احد من النحاة وقد اعترف به نفسه ايضا حيث قال الا انه يجوز بالتاويل وقد بين صاحب النهاية التاويل ههنا حيث قال منسوبا اليه مملوكا له فبعد ذلك كان القدح فيه باشتراط كون الحال من المشتقات لغوا من الكلام واما قوله ولو قال صاحب النهاية ومن تبعه في انه نصب على الحال انه حال على تاويل متمولا اي لا يبقى الميت بعد موته متمولا لكان له وجه فمما لا ينبغي ان يتفوه به العاقل لان المتمول انما هو المالك لا المال قطعا فكيف يتصور تاويل المال بما لا يصح حمله عليه وجعله صفة له بل على تقدير ارجاع ضمير لا يبقى الى الميت لا يبقى له ارتباط بالمقام كما لا يخفى على ذوي الافهام فقد اتفقا على مدعي الوراثة والمودع وقال العيني اي الذي ادعى الوكالة والمودع

على انه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من اهله فلا يصدق في دعوى البيع عليه **قال** فان وكل وكيلا بقبض ماله فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال اليه لان الوكالة قد تثبت بالتصادق والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق

والمودع اقول هذا بناء على فسالة السابق وقد عرفت حاله على انه متعلق بالنفقاد اي نفقد النفقاد على ان مال الوديعة مال الوارث فلا بد من الدفع اليه قال صاحب التسهيل اقول فيه اقرار على الغير بالموت فينبغي ان لا يؤمر بالدفع حيث يثبت موته عند القاضي انتهى فتامل لو ادعى اي ولو ادعى احد انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر اي لم يؤمر المودع بالدفع اليه اي الى مدعي الشراء وهذه المسئلة ايضا ذكرها المص تفريعا على مسئلة القدوري ولهذا لم يذكرها في البداية وقال في تعليلها لانه اي لان صاحب الوديعة ما دام حيا كان اقراره بملك الغير اي كان اقرار المودع لمدعي الشراء اقرارا بملك الغير وهو صاحب الوديعة لانه اي لانه من اهله اي من اهل الملك فلا يصدق اي مدعي الشراء والمودع المصدق اياه في دعوى البيع عليه اي على صاحب الوديعة قال صاحب العناية ولقائل ان يقول قد تقدم ها تان المسئلتان في فصل القضاء بالمواريث فكان ذكرهما تكرارا ويمكن ان يجاب عنه بانه ذكرهما هنالك باعتبار القضاء وههنا باعتبار الوكالة صدقها ههنا بقوله دعواه دعوى وهناك بقوله من اقر وهو لا يخلو عن ضعف لان ايرادها في باب الوكالة باعتبار القبض يبدي المناسبة الى ههنا كلامه اقول تضعيفه ساقط لان ذكر المسئلة المتقدمة عليهما وهي مسئلة ادعاء الوكالة بقبض الوديعة اقتضى ذكرهما عقيبها لان ذكرها لما اوقع في ذهن السامع ان الحكم فيهما ايضا كالحكم فيها ام لا ذكرهما المصنف رح عقيبها في بابها على سبيل التفريع عليها ازالة للاشتباه ببيان الفرق بينها وبين احدهما وبيان الاشتراك في الحكم مع الاخرى فكان ايرادها في هذا الباب فيه بيان المناسبة قال اي محمد رح في بيوع الجامع الصغير فان وكل وكيلا بقبض ماله اي ان وكل رجل وكيلا بقبض ماله على غريمه فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه اي فان الغريم يدفع المال اليه اي يؤمر بدفع المال الى الوكيل قال المص رح في تعليله لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه اي بمجرد دعوى الغريم بلا حجة فلا يؤخر الحق اي حق القبض الى تحليف رب الدين قال صاحب النهاية فان قيل لا نسلم ان الوكالة قد ثبتت فباي دليل نعلم ثبوت الوكالة ولو قيل بسبب ادعاء المديون ان صاحب المال قد استوفاه فذلك لا يصلح دليلا على صحة ثبوت الوكالة بل هو دليل على عدم صحة الوكالة لان الدين اذا كان مستوفى من جانب من له الحق كان التوكيل بالاستيفاء باطلا لا محالة فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى قلنا لما ادعى الغريم استيفاء رب الدين دينه كان هو معترفا باصل الحق الا يرى ان قول المدعى عليه قد قضيتكها اقرار بالدين عند دعوى المدعي ذلك فلما ثبت الدين باقراره ولم ينكر الوكالة وكان للوكيل ولاية الطلب فيقضي عليه بالايفاء كما لو ادعى استيفاء رب الدين عند دعواه بنفسه كان يقضي عليه بالايفاء فكذا هنا عند دعوى وكيله لان الوكيل قائم مقام الموكل انتهى اقول جوابه منظور فيه اذ لا كلام في ان ادعاء الغريم استيفاء رب الدين دينه يتضمن الاعتراف باصل الحق وانما الكلام في ان الوكالة باي دليل ثبتت ومجرد عدم انكار الوكالة لا يقتضي الاعتراف بثبوتها الا يرى انه لو سكت او تكلم بكلام لا يناسب الحال لا يعد مقرا بالوكالة فكيف اذا تكلم بما يشعر بانكار الوكالة وقد اشار اليه السائل بقوله بل هو دليل على عدم صحة الوكالة الى قوله فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى فكان الغريم قال انت لا تصلح للوكالة اصلا لعدم استيفاء صاحب المال حقه فضلا عن ان تقع وكيلا منه تدبر وقصد صاحب العناية دفع السؤال المزبور بوجه آخر حيث قال في بيان المسئلة ذكر في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رح في الرجل على آخر مال فوكل وكيلا بقبض المال واقام الوكيل البينة عليه وقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه فانه يقال له ادفع المال ثم اتبع رب المال واستحلفه ثم قال في شرح قول المص رح لان الوكالة قد ثبتت يعني بالبينة لان وضع المسئلة كذلك انتهى اقول لقائل ان يقول لو كان مدار قول المص رح لان الوكالة قد ثبتت بل مدار نفس جواب هذه المسئلة على اعتبار قيد اقامة الوكيل البينة على الوكالة في وضع هذه المسئلة لما وسع للمص رح في بدايته وهدايته ولعامة المشائخ في تصانيفهم المعتبرة ترك ذلك القيد المهم عند تحرير هذه المسئلة ولا ينبغي ان يدعى كون تركهم اياه بناء على ظهور اعتباره كيف وقد ذهب اعتباره ولكن على كثير من الثقات كصاحب النهاية وصاحب التبيين وغيرهما حتى ذهبوا الى توجيه آخر في رفع السؤال المذكور فلو كان اعتباره من الظهور بحيث يستغني عن ذكره في عامة الكتب لما خفي على هؤلاء الاجلاء

ق ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل لانه نائبه قال ومن وكله بعيب في جارية فادعى البائع رضا المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكوله وفي الثانية غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطاء عند ابي حنيفة رح كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد

وتبع اي تبع الغريم رب المال فيستحلفه اي فيستحلف الغريم رب المال على عدم الاستيفاء رعاية لجانبه اي لجانب الغريم فان حلف مضى الاداء وان نكل تبع الغريم القابض فيسترد ما قبضه ولا يستحلف الوكيل لانه نائب والنيابة لا تجري في الايمان قال فخر الاسلام رحمه الله احلفه على العلم فان نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته لان الوكيل لو اقر بذلك بطلت وكالته فجاز ان يحلف عليه والجواب ان الغريم يدعي حقا على الموكل لا على الوكيل فتحليف الوكيل يكون نيابة وهي لا تجري في الايمان بخلاف الوارث حيث يحلف على ان لا يعلم استيفاء مورثه لان الحق تثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين بالاصالة كذا في الشروح اخذا من الايضاح قال اي محمد رح في بيوع الجامع الصغير وان وكله بالرد بعيب في جارية اي ان وكله برد جارية بسبب عيب فادعى البائع رضى المشتري اي رضاه بالعيب لم يرد عليه اي لم يرد الوكيل على البائع حتى يحلف المشتري يعني لا يقضي القاضي بالرد عليه حتى يحضر المشتري ويحلف على انه لم يرض بالعيب بخلاف ما مر من مسئلة الدين حيث يؤمر الغريم بدفع الدين الى الوكيل قبل تحليف رب الدين قال جماعة من الشراح حيث لم يؤمر بدفع الدين الى الوكيل بدون تحليف الوكيل اقول ليس هذا بمعنى المقام قطعا اذ لا مدخل لعدم تحليف الوكيل في الفرق بين المسئلتين فان الوكيل لا يحلف في شيء منهما اصلا ثم اعلم انه ذكر في المبسوط الفرق بين مسئلة الدين ومسئلة العيب من وجهين احدهما ان في الدين حق الطالب ثابت بيقين وليس في دعوى الاستيفاء والابراء ما ينافي ثبوت اصل حقه لكنه يدعي الاستيفاء بعد تقرر السبب الموجب فلا يمتنع على الوكيل الاستيفاء ما لم يثبت المسقط واما في العيب فان علم المشتري بالعيب وقت العقد يمنع ثبوت حقه في الرد اصلا فالبائع لا يجيء مستطابا بل يزعم ان حقه في الرد لم يثبت اصلا فلا بد من ان يحضر الموكل ويحلف ليتمكن من الرد عليه والثاني ان الرد بالعيب بقضاء القاضي فسخ للعقد والعقد اذا انفسخ لا يعود فلو اثبتنا الحق في الرد تضرر به الخصم في انفساخ عقده عليه واما قضاء الدين فليس فيه فسخ عقد فاذا حضر الموكل فابى ان يحلف يرد المطلوب الى قضاء حقه فلهذا امر بقضاء الدين وهذا الوجه الثاني من الفرق هو الذي اراده المصنف بقوله لان التدارك ممكن هنالك اي في مسئلة الدين باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكوله اي نكول الموكل عن اليمين افاد ان القضاء لم ينفذ باطنا لانه ما قضى الا بحجة لتسليم ثم كان كالقضاء بالاملاك المرسلة كذا في الكافي والكفاية وههنا اي في مسئلة الرد بالعيب وفي بعض النسخ وفي الثانية اي في المسئلة الثانية وهي مسئلة الرد بالعيب غير ممكن اي التدارك غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطاء عند ابي حنيفة رح كما هو مذهبه لان القضاء في العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا عنده كما مر في كتاب القضاء وفي كتاب النكاح ايضا ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك اي بعد ان مضى القضاء بالفسخ على الصحة لانه اي لان الاستحلاف لا يفيد فانه لما مضى الفسخ ولا يرد بالنكول لم يبق في الاستحلاف فائدة قطعا قال صاحب معراج الدراية في تفسير قول المصنف بعد ذلك اي بعد نكول الموكل وتبعه الشارح العيني اقول هذا التفسير فاسد اذ لا يتيسر معنى المقام حينئذ ولا يستحلف المشتري عنده بعد نكول المشتري وهذا من قبيل اللغو من الكلام كما لا يخفى على الفطن وفي الذخيرة وان لم يكن للبائع بينة على رضى الامر بالعيب ورد الوكيل الجارية على البائع بالعيب ثم حضر الامر وادعى الرضى واراد اخذ الجارية فابى البائع ان يدفعها اذ قال نقض القاضي البيع فلا سبيل لك فان القاضي لا يلتفت الى قول البائع ويرد الجارية على الامر لان الامر مع البائع تصادقا على ان الجارية ملك الامر لان البائع ادعى رضى الامر بالعيب ولزوم الجارية اياه وصدقه الامر في ذلك فاستند التصديق الى وقت الاقرار وثبت بهذا التصادق ان القاضي اخطأ في قضائه بالرد وان قضاءه بالرد نفذ ظاهرا لا باطنا فبقيت الجارية على حكم ملك الامر في الباطن وكان للامر ان ياخذها قال بعض مشايخنا هذا الجواب على قول محمد رح واما على قول ابي حنيفة رح لا سبيل للامر على الجارية وقال بعضهم هذا قول الكل وهو الاصح لان نقض القاضي ههنا البيع لم يكن بناء على دليل موجب للنقض وانما كان بجهله بالدليل المسقط للرد وهو رضى الامر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه وفي مثل هذا لا ينفذ القضاء باطنا كما لو قضى في حادثة باجتهاده وثمة نص بخلافه انتهى وهكذا ذكر في المبسوط وشروح الجامع الصغير ايضا ونقل في النهاية ومعراج الدراية عن تلك الكتب

واما عندهما قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء وعند ابي يوسف ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر قال ومن دفع الى رجل عشرة دراهم لينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك

ثم ان صاحب العناية ذكر ذلك ههنا على وجه الاعتراض والجواب حيث قال واعترض بان الوكيل اذا رد على البائع بالعيب ثم حضر المشتري وادعى الرضى بالعيب يسترد الجارية و تمام البائع لا سبيل له عليها لان القاضي نقض البيع فانه لا يلتفت الى قول البائع ولو كان القضاء ماضيا على الصحة لم ترد الجارية على المشتري واجيب بان الرد بالعيب محمد رح فاما على قول ابي حنيفة رح فلا سبيل للآمر على الجارية سلمنا ان هذا قول الكل لكن المنقض ههنا لم يوجد دليل وانما كان للجهل بالدليل للرد وهو رضى الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه لتصادقهما في الآخر على وجود الرضى من المشتري وفي مثله لا ينفذ القضاء باطنا كما لو قضى باجتهاده ثم نقض بخلافه وقالوا هذا اصح انتهى كلامه اقول فيه بحث لان ما ذكره في الجواب بعد التسليم لا يدفع الاعتراض بل يقويه لانه اذا جاز نقض القضاء ههنا عند ابي حنيفة رح ايضا بسبب كان تعين ان القضاء بالفسخ ههنا لم يكن ماضيا على الصحة عنده ايضا فلا يتم الدليل المذكور للفرق بين المسألتين فتامل قال واما عندهما اي عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله قالوا اي المشائخ يجب ان يتحد الجواب على هذا اي على الاصل المذكور في الفصلين اي في فصل الدين وفي فصل الرد بالعيب لا يؤخر اي لا يؤخر القضاء بالرد الى تحليف المشتري كما لا يؤخر القضاء بدفع الدين الى تحليف رب الدين لان التدارك ممكن اي في الفصلين معا عندهما لبطلان القضاء يعني ان عدم التاخير الى تحليف رب الدين في فصل الدين انما كان لان التدارك ممكن عند ظهور الخطاء في القضاء باسترداد ما قبضه الوكيل وهذا المعنى موجود في فصل الرد بالعيب ايضا لان قضاء القاضي في مثل ذلك عندهما انما ينفذ ظاهرا لا باطنا فاذا ظهر خطاء القضاء عند نكول المشتري ردت الجارية عليه فلا يؤخر الى التحليف وعند ابي يوسف رح ان يؤخر اي القضاء في الفصلين لانه اي لان ابا يوسف رح يعتبر النظر اي النظر للبائع كذا في الشروح اقول الاولى ان يقال اي النظر للخصم ليكون انسب بالتعميم للفصلين كما ستنكشف ذلك حتى يستحلف اي ابو يوسف رح المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البائع يعني ان من مذهب ابي يوسف رح ان القاضي لا يرد المبيع على البائع اذا كان المشتري حاضرا واراد الرد ما لم يستحلف بالله ما رضيت بهذا العيب وان لم يدع البائع فاذا كان المشتري او رب الدين غائبا فاولى ان لا يرد عليه ما لم يستحلف صيانة لقضائه عن البطلان ونظرا للبائع والمديون فينتظر للنظر اي فينتظر في الفصلين نظرا للبائع والمديون قال في النهاية فينتظر للنظر اي للبائع فعلى هذا ينبغي ان ينتظر في الدين نظرا للغريم انتهى وقال في غاية البيان فعلى هذا ينتظر عنده في الدين ايضا نظرا للغريم وهذا معنى قوله فينتظر للنظر انتهى وقال في العناية لانه يعتبر النظر للبائع حتى يستحلف المشتري ان كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر له اذا كان غائبا انتهى اقول لا يخفى ما في كل واحد منها من تخصيص معنى نفس الكلام بصورة من الفصلين من غير ضرورة داعية اليه فالوجه ما قررناه فتبصر قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها على اهله اي لينفقها فانفق عليهم عشرة من عنده اي من مال نفسه فالعشرة بالعشرة اي فالعشرة التي انفقها الوكيل من مال نفسه بمقابلة العشرة التي اخذها من الموكل يعني لا يكون الوكيل متبرعا فيما انفق بل ما اخذه من الموكل يصير ملكا له قال الامام التمرتاشي هذا اذا كانت عشرة الدافع قائمة وقت شرائه النفقة وكان يضيف العقد اليها او كان مطلقا لكن نوى تلك العشرة اما اذا كانت عشرة الدافع مستهلكة او كان يشتري النفقة بعشرة نفسه ويضيف العقد اليها يصير مشتريا لنفسه ويكون متبرعا بالانفاق لان الدراهم تتعين في الوكالة وكذا لو اضاف العقد الى غيرها كذا ذكر في النهاية ومعراج الدراية وقال في الكفاية بعد ذلك وقيل لا تتعين عند العامة لكن تتعلق الوكالة ببقائها بخلاف المضاربة والشركة حيث تتعين اتفاقا فيهما قال المصنف رح في تعليل ما في الكتاب لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه اي في الوكيل بالشراء ما ذكرناه من رجوع الوكيل على الموكل بما ادى من الثمن وقد قررناه يعني في باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية فهذا اي ما نحن فيه من التوكيل بالانفاق كذلك اي الوكيل بالانفاق على الاهل قد يضطر الى شراء شيء لمصلحة النفقة ولا يكون مال الموكل معه في تلك الحالة فيحتاج الى ان يؤدي ثمنه من ماله

وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء واما الانفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه والله اعلم

باب عزل الوكيل

قال وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير

لنفسه فكان في التوكيل بذلك تجويز الاستبدال واعلم ان محمدا رح لم يذكر في الاصل مسئلة الانفاق بل ذكر فيه مسئلة قضاء الدين فقال اذا دفع الرجل الى الرجل الف درهم فقال ادفعها الى فلان قضاء عني فدفع الوكيل غيرها واحتبس الالف عنده كان القياس ان يدفع التي احتبسها الى الموكل ويكون متطوعا في التي دفع ولكني ادع القياس في ذلك واستحسن ان اجيزه الى هنا لفظ الاصل وانما ذكر مسئلة الانفاق في الجامع الصغير ولكن لم يذكر القياس والاستحسان فيه فقالوا في شروحه هذا الذي ذكره استحسان والقياس ان يردها على الموكل ان كانت قائمة ويضمن ان كان استهلكها وهو قول زفر رح وهذا معنى قول المص رح وقيل هذا استحسان في القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا اي ليس للوكيل انفاق عشرة لنفسه بمقابلة عشرة الموكل بل اذا انفق عشرة نفسه يصير متبرعا فيما انفق ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه وان استهلكها ضمن وجه القياس ان الدراهم تتعين في الوكالات حتى لو هلكت قبل الانفاق بطلت الوكالة فاذا انفق من مال نفسه فقد انفق بغير امر الموكل فيصير متبرعا واما وجه الاستحسان فما ذكره المص رح فيما مر انفا بقوله ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء الخ وقالوا في شروح الجامع الصغير ايضا من المشائخ من قال ليس في قضاء الدين معنى الشراء فورد فيه القياس والاستحسان اللذان ذكرهما محمد رح في الاصل اما الانفاق ففيه شراء فلم يختلف فيه وجه القياس والاستحسان بل صح ذلك قياسا واستحسانا حتى رجع الوكيل على الموكل بما انفق قياسا واستحسانا وهذا معنى قول المص رح وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء وهذا وجه القياس يعني لما لم يكن قضاء الدين شراء لم يكن الآمر راضيا بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلو لم تجعله متبرعا لالزمناه دينا لم يرض به فجعلناه متبرعا قياسا ووجه الاستحسان ما ذكره شيخ الاسلام الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد بقوله لان المأمور بقضاء الدين مأمور بشراء ما في ذمة الآمر بالدراهم والوكيل بالشراء اذا اشترى ونقد الثمن من عند نفسه سلم المقبوض له انتهى فاما الانفاق فانه يتضمن الشراء لان الامر بالانفاق امر بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة بل بمثلها في الذمة ثم تثبت له حق الرجوع على الآمر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعا قياسا والله اعلم فلا يدخلانه اي فلا يدخل القياس والاستحسان في الانفاق بل يكون فيه حكم القياس كحكم الاستحسان في ان الوكيل لا يكون متبرعا بالانفاق من مال نفسه

باب عزل الوكيل اخر باب العزل اذ العزل يقتضي سبق الثبوت فناسب ذكره آخرا قال اي القدوري في مختصره وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه اي حق الموكل فله ان يبطله اي فللموكل الذي هو صاحب الحق ان يبطل حقه الا اذا تعلق به اي بالتوكيل وتذكير الضمير بتاويل كونها حقا حق الغير فحينئذ ليس له ان يعزله بلا رضى ذلك الغير وذلك بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب اي بالتماس من جهة المدعي لما فيه اي لما في العزل في هذه الصورة من ابطال حق الغير وهو ان يحضره مجلس الحكم ويخاصمه ويثبت حقه عليه وابطال حق الغير لا يجوز وقيد بالطلب لانه لو لم يكن وكيلا بالطلب يملك الموكل عزله سواء كان الخصم حاضرا او غائبا وقيد بكون الطلب من جهة الطالب لانه لو كان من جهة المطلوب اي المدعى عليه ووكل الطالب فله عزله سواء كان المطلوب حاضرا او غائبا ثم ان عدم صحة العزل اذا كان الطلب من جهة الطالب فيما اذا كان العزل عند غيبة الطالب واما اذا كان عند حضوره فيصح العزل سواء كان يرضى به الطالب اولا وهذه القيود مستفادة من صريح ما ذكر في الذخيرة فانه قال فيها واذا عزل الوكيل حال غيبة الخصم فهو على وجهين الاول ان يكون الوكيل وكيل الطالب ففي هذا الوجه العزل صحيح وان كان المطلوب غائبا لان الطالب العزل يبطل حق نفسه لان خصومة الوكيل حق الطالب والانسان في حق نفسه يصح من غير ان يتوقف على حضرة غيره والوجه الثاني ان يكون الوكيل وكيل المطلوب وانه على وجهين ايضا الاول ان يكون الوكيل من غير التماس احد ففي هذا الوجه العزل صحيح وان كان الطالب غائبا والوجه الثاني اذا كان التوكيل بالتماس احد اما الطالب او القاضي ففي هذا الوجه الوكيل ان كان غائبا وقت التوكيل ولم يعلم بالتوكيل صح عزله على كل حال لان هذه الوكالة غير نافذة لانه لا نفاذ لها قبل علم الوكيل فكان العزل رجوعا

وسائر الوكالة التي تضمنها عقد الرهن قال فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم

وان منعا فيصح وهذا على الرواية التي شرط علم التوكيل لصيرورته وكيلا وان كان الوكيل حاضرا وقت التوكيل او كان غائبا ولكن قد علم بالوكالة ولم يردها فان كانت الوكالة بالتماس من الطالب لا يصح عزله حال غيبة الطالب ويصح حال حضرته رضي به الطالب او سخط لان بالتوكيل ثبت نوع حق الطالب قبل الوكيل وهو حق ان يحضره مجلس القاضي فيخاصمه ويثبت حقه عليه وبالعزل حال غيبة الطالب لو صح العزل بطل هذا الحق اصلا لانه لا يمكنه الخصومة مع الوكيل والمطلوب ربما يغيب قبل ان يحضر الطالب فلا يمكنه الخصومة معه ايضا فيبطل حقه اصلا واما اذا كان الطالب حاضرا فحقه لا يبطل اصلا لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع المطلوب ويمكنه ان يطالب من المطلوب ان ينصب وكيلا آخر الى هنا لفظ الذخيرة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واعلم ان الوكيل ان كان للطالب فعزله صحيح بغير حضرة المطلوب ولا لان الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور اولا وان كان للمطلوب فان لم يكن بطلب من جهة الطالب او من يقوم مقامه فكذلك وان كان فاما ان علم الوكيل بالوكالة اولا فان لم يعلم فكذلك لانه لا نفاذ للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعا ولهذا لم يذكره المصنف رح وان علم ولم يردها لم يصح في غيبة الطالب لان بالتوكيل ثبت له حق احضاره في مجلس الحكم واثبات الحق عليه وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو المذكور في الكتاب مستثنى ويصح بحضرته لان الحق لا يبطل لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل آخر منه ولم يذكرها المص رح لان العلة يلوح اليه لانه قال لما فيه من ابطال حق الغير وههنا لا ابطال كما ذكرناه انتهى كلامه واعترض بعض الفضلاء على قوله وهو المذكور اولا واجاب حيث قال فيه بحث فان المذكور اولا يعمه وعزل الوكيل بالبيع والشراء ايضا لعموم كلام القدوري وجوابه ان القصر اضافي اي لا عزل وكيل المطلوب انتهى اقول جوابه ليس بتام فان المذكور اولا وهو قوله وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة يعم عزل وكيل المطلوب ايضا سيما الذي لم يكن بطلب من جهة الطالب او من يقوم مقامه فلا يتم التوجيه بحمل القصر على الاضافي بمعنى لا عزل وكيل المطلوب ثم اقول الحق الصريح ان كلام القدوري الذي ذكره المص رح ههنا اولا وهو قوله وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة يعم جميع الصور التي ذكرها صاحب العناية بطريق التقسيم والتفصيل وقد استثنى المص رح من تلك صورة واحدة وهي عزل من كان وكيلا للمطلوب بطلب من جهة الطالب فبقي ما عداها من الصور تحت عموم المستثنى منه بلا ريب وتمشى في ذلك كله التعليل الذي ذكره المص رح بقوله لان الوكالة حقه فله ان يبطله فما زعمه الشارح المذكور من كون المذكور اولا مقصورا على صورة عزل وكيل الطالب وكون بعض صور عزل الوكيل المطلوب غير مذكور في الكتاب اصلا ليس بصحيح قوله اي صار التوكيل الذي كان بطلب من جهة الطالب كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن اي كالوكالة المشروطة في عقد الرهن بان وضع الرهن على يدي عدل وشرط في الرهن ان يكون العدل او المرتهن مسلطا على بيع الرهن عند حلول الدين فانه اذا اراد الراهن ان يعزل الوكيل عن الوكالة بالبيع ليس له ذلك لان البيع صار حقا للمرتهن ففي العزل يبطل هذا الحق كما ياتي تفصيله في كتاب الرهن كذا اذا تعلق حق الوكيل بعين من اعيان الموكل لا يملك اخراجه عن الوكالة نحو ان امره ان يبيع ويستوفي الدين من ثمنه كذا في النهاية نقلا عن الذخيرة قيل من اين وقع الفرق بين الوكيل في الخصومة بطلب من جهة الطالب وبين الوكيل الذي يثبت وكالته في ضمن عقد الرهن حيث يملك الموكل في الاول عزل الوكيل حال حضرة الخصم وان لم يرض به الخصم ولا يملك في الثاني عزله حال حضرة المرتهن اذا لم يرض به المرتهن مع ان في كل منهما تعلق حق الغير بوكالة الوكيل ومع وجود هذه المفارقة كيف شبه هذا بذاك واجيب بان الفرق بينهما من حيث ان العزل لو صح فيما نحن فيه حال حضرة الطالب لم يبطل حق الطالب اصلا لانه يمكنه ان يخاصم المطلوب واما في مسئلة الرهن فلو صح العزل حال حضرة المرتهن بطل حقه في البيع اذ لا يمكنه ان يطالب الراهن بالبيع واما وجه التشبيه فهو تعلق حق الغير بوكالة الوكيل وبطلان حق ذلك الغير عند صحة العزل في غيبته قال اي القدوري في مختصره فان لم يبلغه العزل اي فان لم يبلغ الوكيل خبر عزل الموكل اياه فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم اي حتى

لان في العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع الحقوق اليه فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد والعدالة في المخبر فلا نعيده قال وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا

يعلم اي الوكيل عزله وهذا عندنا وبه قال الشافعي رح في قول ومالك رحمه الله في رواية واحمد رح في رواية وقال الشافعي رح في الاصح ينعزل به قال مالك رح في رواية واحمد رح في رواية لان نفوذ الوكالة لحق الموكل فهو بالعزل يسقط حق نفسه والمرء ينفرد باسقاط حق نفسه الا يرى انه يطلق زوجته ويعتق عبده بغير علمهما فكذا ان الوكالة للموكل لا عليه فلو لم ينفرد الموكل قبل علم الوكيل به كان ذلك عليه من وجه وذلك لا يجوز ولكنا نقول العزل خطاب ملزم للوكيل بان يمتنع من التصرف وحكم الخطاب لا تثبت في حق المخاطب ما لم يعلم به كخطاب الشرع فان اهل قبا كانوا يصلون الى بيت المقدس بعد الامر بالتوجه الى الكعبة وجوزها لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حين لم يعلموا وكذلك كثير من الصحابة رضي الله عنهم شربوا الخمر بعد نزول تحريمها قبل علمهم بذلك وفيه نزل قوله تعالى ليس على الذين امنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا وهذا لان الخطاب مقصود للعمل ولا يتمكن من العمل ما لم يعلم به ثم ان الفقه فيما نحن فيه ما ذكره المصنف بقوله لان في العزل اي في عزل الوكيل من غير علمه اضرارا به اي بالوكيل من وجهين احدهما اشار اليه بقوله من حيث ابطال ولايته فان في ابطال ولايته تكذيبا له لان الوكيل متصرف لموكله على ادعائه ان له ولاية ذلك بالوكالة وفي عزله من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته بالعزل وتكذيب الانسان فيما يقول ضرر عليه لا محالة والثاني ما اشار اليه بقوله او من حيث رجوع الحقوق اليه اي الى الوكيل فانه يتصرف فيهما بناء على رجوعها اليه فينقد من مال الموكل ان كان وكيلا بالشراء ويسلم المبيع ان كان وكيلا بالبيع فلو كان معزولا قبل العلم كان التصرف واقعا له فيضمنه اي فيضمن بالعدد وما سلمه فيتضرر به والضرر مدفوع شرعا ثم ان الوجه الاول عام يشمل جميع التصرفات من النكاح والطلاق والبيع والشراء وغير ذلك واما الوجه الثاني فمختص بالتصرفات التي يرجع فيها الحقوق الى الوكيل دون الموكل كالبيع والشراء ونحوهما عن هذا قال المصنف ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول يعني ان التوكيل بالنكاح وغيره سيان في الحكم المذكور وهو عدم انعزال الوكيل قبل العلم بالعزل نظرا الى الوجه الاول وفي الذخيرة وكذلك الوكيل اذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة انتهى وهكذا ذكر في سائر معتبرات الفتاوى قال في المحيط البرهاني واذا جحد الموكل الوكالة وقال لم اوكله لم يكن ذلك عزلا هكذا ذكر في الاجناس في مسائل البيوع وفي مسائل الغصب من الاجناس ايضا اذا قال اشهدوا اني لم اوكله فلانا فهذا كذب وهو وكيل لا ينعزل وبعض مشائخنا ذكروا في شروحهم ان جحود الموكل الوكالة عزل الوكيل وذكر شيخ الاسلام في شرح كتاب الشركة ان جحود ما عدا النكاح فسخ له انتهى وهكذا ذكر في الذخيرة ايضا قال المصنف وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر اشار به الى ما ذكره في فصل القضاء بالمواريث من كتاب ادب القاضي بقوله ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل الخ فلا نعيده لعدم الاحتياج الى الاعادة اعلم ان الوكالة تثبت بخبر الواحد حرا كان او عبدا عدلا كان او فاسقا رجلا كان او امرأة صبيا كان او بالغا وكذلك العزل عندهما وعند ابي حنيفة رح لا تثبت العزل الا بخبر الواحد العدل او بخبر الاثنين اذا لم يكونا عدلين ثم ان هذا الاختلاف فيما اذا لم يكن الخبر على وجه الرسالة واما اذا كان على وجهها فيثبت به العزل بالاتفاق كائنا من كان الرسول عدلا كان او غير عدل حرا كان او عبدا صغيرا كان او كبيرا نص عليه في البدائع وقال في تعليله لان الرسول قائم مقام المرسل وسفيره عنه فيصح سفارته بعد ان صحت عبارته على اي صفة كان قال اي القدوري في مختصره وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا بالباء المكسورة اي دائما ومنه الحمى المطبقة اي الدائمة التي لا تفارق ليلا ولا نهارا وقيل مطبقا اي مستوعبا من طبق الغيم السماء اذا استوعبها ولحاقه بفتح اللام اي وتبطل بلحوق الموكل بدار الحرب مرتدا وفي الذخيرة قالوا ما ذكر من الجواب في الجنون المطبق محمول على ما اذا كانت الوكالة غير لازمة بحيث يملك الموكل العزل في كل ساعة وزمان كالوكيل بالخصومة من جانب الطالب واما اذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يملك الموكل العزل كالعدل اذا سلط على بيع الرهن وكان التسليط مشروطا في عقد الرهن فلا ينعزل الوكيل بجنون الموكل وان كان الجنون مطبقا وهذا لان الوكالة اذا كانت غير لازمة يكون لبقائها حكم الانشاء

لأن التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض وشرط ان يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر عند ابي يوسف اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه تسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وقال محمد حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات

يبيع انشاء الموكل الوكالة ابتداء من حيث انه استبدال لا يصح فكذا لا يبقى الوكالة اذا صار الموكل بهذه الصفة واما اذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يقدر الموكل على عزله فلم يكن لبقاء الوكالة حكم الانشاء فكان ابقاء التوكيل في هذه الوكالة بمنزلة المالك من حيث انه لا يملك الموكل عزله ومن ملك شيئا من جهة اخرى ثم جن المملك فانه لا يبطل ما كان الوكيل ملك شيئا فكذا اذا ملك التصرف وهذا التحقيق اذا جعل امر امرأته بيده ثم جن الزوج لا يبطل الامر انتهى وفي غاية البيان قال في التتمة والفتاوى الصغرى وهذا كله في موضع يملك المالك عزله اما في موضع لا يملك عزله كالعدل في باب الرهن والامر باليد للمرأة فانه لا ينعزل الوكيل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالطلاق ينعزل بجنون الموكل استحسانا ولا ينعزل قياسا انتهى اقول في المنقول عن التتمة والفتاوى الصغرى اشكال لان الظاهر من عبارتهما ان يكون الامر باليد للمرأة من باب التوكيل وليس كذلك فانه من باب التمليك لا التوكيل على ما تقرر فيما مر في باب تفويض الطلاق من كتاب الطلاق بخلاف عبارة الذخيرة كما لا يخفى على المتأمل ثم اقول بقي ههنا شيء وهو ان تقسيم الوكالة على اللازمة وغير اللازمة وجعل الحكم في الجنون المطبق على الثانية دون الاولى ينافي ما ذكروا في صدر كتاب الوكالة من ان حكم الوكالة انها عقد جائز غير لازم حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضى صاحبه اذ الظاهر ان المذكور هناك صفتها العامة لجميع انواعها اللهم الا ان يقال الاصل في الوكالة عدم اللزوم واللزوم في بعض الصور المذكورين لعارض هو تعلق حق الغير على عكس ما قالوا في البيع بالخيار كما سيأتي فتأمل قال الشراح في تعليل مسئلة الكتاب لان التوكيل تصرف غير لازم قال صاحب العناية في تعليل هذه المقدمة اذ اللزوم عبارة عما يتوقف على وجوده على الرضى من الجانبين وههنا ليس كذلك لان كلا منهما ينفرد في فسخها فان للوكيل ان يمنع نفسه عن الوكالة وللموكل ان يمنع الوكيل عنها انتهى وقد سبقه تاج الشريعة الى هذا التعليل اقول فيه خلل لان توقف الوجود على الرضى من الجانبين متحقق في كل عقد لازم كان او غير لازم وانما اللازم ما يتوقف فسخه على الرضى من الجانبين فقولهما اذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضى من الجانبين ليس بصحيح والصواب ان يقال اذ التصرف اللازم عبارة عما يتوقف فسخه على الرضى من الجانبين وههنا ليس كذلك الخ فيكون لدوامه اي لدوام التوكيل حكم ابتدائه لان التصرف اذا كان غير لازم كان المتصرف بسبيل من فسخه في كل لحظة من لحظات دوامه فلما لم يفسخه جعل امتناعه عن الفسخ عند تمكنه منه بمنزلة ابتداء تصرف آخر من جنسه تنزيلا للتمكن منزلة المبتدئ كما قالوا في قوله تعالى اولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فصار كانه يجدد عقد الوكالة في كل ساعة فيقتضي فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد فلا بد من قيام الامر اي فلا بد من قيام امر الموكل بالتوكيل في كل ساعة اذ كان لا بد من امره بذلك في ابتداء العقد فكذا فيما هو بمنزلته وقد بطل اي امر الموكل بهذه العوارض وهي الموت والجنون والارتداد فان قيل البيع بالخيار غير لازم ومع ذلك لا يبطل البيع بالموت بل يتقرر ويبطل الخيار قلنا الاصل في البيع اللزوم وعدم اللزوم بسبب العارض وهو الخيار فاذا مات تقرر الاصل وزال العارض كذا في الشروح وشرط اي شرط في بطلان الوكالة ان يكون الجنون مطبقا لان قليله اي قليل الجنون بمنزلة الاغماء فلا يبطل به الوكالة كما لا يبطل بالاغماء وحد المطبق اي حد الجنون المطبق شهر عند ابي يوسف رح وروى ذلك ابو بكر الرازي عن ابي حنيفة رح اعتبارا بما يسقط به الصوم اي صوم شهر رمضان فقال في الواقعات الحسامية في باب البيوع الجائزة والمختار ما قاله ابو حنيفة رح انه مقدر بالشهر لان ما دون الشهر في حكم العاجل فكان قصيرا والشهر فصاعدا في حكم الآجل فكان طويلا وعنه اي عن ابي يوسف رح اكثر من يوم وليلة لانه تسقط به الصلوات الخمس فصار اي فصار من جن في هذه المدة كالميت فلا يصلح للوكالة وقال محمد رح حول كامل قال الناطفي في الاجناس قال ابن سماعة في نوادره قال محمد رح في قوله الاول حتى يجن يوما وليلة فيخرج الوكيل من الوكالة ثم رجع فقال حتى يجن شهرا ثم رجع فقال حتى يجن سنة لانه يسقط به اي بالحول الكامل جميع العبادات واما ما دون الحول فلا يسقط به الزكوة

فقدرته به احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رح لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا يبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر في السير

لان ما دونها مقدر بالحول فلا يكون في معنى الموت فقدرته به اي فقدر بعد الجنون المطبق بالحول الكامل احتياطا قال في الكافي وهو الصحيح وكذا قال في التبيين قالوا اي المشايخ الحكم المذكور في اللحاق اي الحكم المذكور في اللحاق في مختصر القدوري وهو ما ذكر قبيل هذا بقوله ولحاقه بدار الحرب مرتدا قول ابي حنيفة رح لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته قال المصنف رح في باب احكام المرتدين من كتاب السير اعلم ان تصرفات المرتد على اربعة اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ومختلف في توقفه وهو ما عددناه انتهى وقال الشراح هناك يعني بقوله ما عددناه ما ذكره بقوله ما باعه او اشتراه او اعتقه او وهبه او تصرف فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف اقول فقد تلخص من ذلك ان مراده ههنا ان بعض تصرفات المرتد موقوف عنده فكذا وكالته لانها في حكم ذلك ولكن عبارته غير واضحة في افادة المراد فان اسلم نفذ اي فان اسلم المرتد نفذ تصرفه السابق وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه حتى يستقر امر اللحاق وقد مر في السير اي مر كون تصرف المرتد موقوفا عند ابي حنيفة رح نافذا عندهما مع ذكر دليل الطرفين مستوفا في باب احكام المرتدين من كتاب السير ويستشكل صاحب التسهيل هذا المقام حيث قال فيما نسب الى ابي حنيفة رح نظر اذ المرتد اذا لحق بدار الحرب ولم يحكم به الحاكم حتى عاد مسلما صار كان لم يزل مسلما عند ابي حنيفة رح ايضا فكيف يبطل توكيله وسائر تصرفاته قبل القضاء به لكن تعليل ابي حنيفة رح في السير انه حربي مقهور تحت ايدينا يرجى اسلامه فتوقفنا فان اسلم جعل العارض كالعدم ولم يعمل السبب وان مات او لحق وحكم بلحاقه استقر كفره فعمل السبب يدل على عدم بطلان تصرفه بمجرد اللحاق بل لا بد من الحكم فينبغي ان يكون حكم الموكل كذلك لا يبطل توكيله بمجرد لحاقه عنده انتهى كلامه واقول ههنا كلام آخر وهو ان الامام قاضيخان ذكر في فتاواه ما ينافي ما نقله المصنف رح ههنا عن المشايخ حيث قال في فصل ما يبطله الارتداد من باب الردة واحكامها من كتاب السير ان وكل رجلا ثم ارتد الموكل ولحق بدار الحرب ينعزل وكيله في قولهم انتهى فانه صريح في ان الحكم المذكور في اللحاق قولهم جميعا لا قول ابي حنيفة رح فقط فان قلت يجوز ان يكون المراد باللحاق بدار الحرب فيما ذكر في فتاوى قاضيخان ان يحكم الحاكم بلحاقه بها قلت ظاهر اللفظ لا يساعد ذلك فان جاز حمله عليه بدلالة القرائن والقواعد فلم لا يجوز ان يحمل عليه في مسئلة الكتاب ايضا حتى يكون المسئلة اجماعية ويتخلص عن التكلف الذي ارتكبوه في تخصيصها بقول ابي حنيفة رح ثم اقول الحق عندي ان المراد بما ذكر في الكتاب اللحاق مع قضاء القاضي به دون مجرد اللحاق فالمسئلة اجماعية وعن هذا قال الامام الزيلعي في شرح هذا المقام من الكنز والمراد بلحاقه بدار الحرب مرتدا ان يحكم الحاكم بلحاقه لان لحاقه لا يثبت الا بحكم الحاكم فاذا حكم به بطلت الوكالة بالاجماع انتهى و مما يؤيد كون المراد باللحاق المبطل للوكالة اللحاق مع قضاء القاضي به دون مجرد اللحاق ان اساطين المشايخ قيدوا اللحاق بقضاء القاضي حين تصدوا لبيانهم لبطلان تصرفات المرتد عند ابي حنيفة رح بالموت والقتل واللحاق بدار الحرب منهم صاحب المحيط فانه قال بصدد بيان الانواع الاربعة لتصرفات المرتد ونوع منها اختلفوا في نفاذه وتوقفه وذلك كالبيع والشراء والاجارة والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون فعند ابي حنيفة رح تتوقف هذه التصرفات فان اسلم تنفذ وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه تبطل وعندهما تنفذ هذه التصرفات انتهى ومنهم الامام قاضيخان فانه قال في فتاواه اثناء بيان الوجوه الاربعة لتصرف المرتد ومنها ما اختلفوا في توقفه نحو البيع والشراء والاجارة والاعتاق والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون عند ابي حنيفة رح هذه التصرفات موقوفة فان اسلم نفذ وان مات او قتل او قضى بلحاقه بدار الحرب يبطل وعند صاحبيه تنفذ في الحال انتهى الى غير ذلك من الثقات حتى ان صاحب الوقاية قال في باب المرتد توقف مفاوضته وبيعه وشراؤه وهبته واجارته وتدبيره ووصيته

وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف **قال** واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق

ان اسلم نفذ وان مات او قتل او لحق وحكم به بطل انتهى (و) ان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته اى بالاجماع حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها لانها لا تقتل على ما عرف في السير قال بعض العلماء بعد نقل هذا من الهداية ويعلم من هذا ان الرجل الموكل اذا ارتد تبطل وكالته بمجرد الارتداد بدون اللحوق فينبغي ان يقول في قوله السابق وارتداده بدل قوله ولحاقه بدار الحرب مرتدا انتهى اقول هذا خبط منه فانه زعم ان مراد المصنف بقوله فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب ان الوكالة لا تبطل قبل موت موكلته المرتدة او لحوقها بدار الحرب واخذ منه بطريق مفهوم المخالفة ان الرجل الموكل اذا ارتد تبطل وكالته بمجرد الارتداد بدون اللحوق وليس مراده ذلك بل مراده ان تصرف الوكيل نافذ قبل موت موكلته المرتدة او لحوقها بدار الحرب بالاجماع بخلاف ما اذا كان الموكل رجلا فارتد فان تصرف الوكيل ليس بنافذ هناك عند ابى حنيفة رح بعد ارتداد موكله بل هو موقوف عنده على ما مر بيانه فاما البطلان للوكالة فلا تحقق في الصورتين معا قبل الموت او اللحوق بدار الحرب فانتظم السباق واللحاق ثم اعلم ان كون الوكيل على وكالته في صورة ان كان الموكل امرأة فارتدت فيما خلا التوكيل بالتزويج فان ردتها تخرج الوكيل بالتزويج من الوكالة لانها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة في الحال ثم بردتها تخرج من ان تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلا منها لوكيلها فبعدما انعزل لا يعود وكيلا الا بالتجديد كذا في المبسوط وذكر في الشروح قال اى القدورى في مختصره واذا وكل المكاتب ثم عجز اى عجز حتى فات بدل الكتابة فعاد الى الرق او المأذون له اى او وكل العبد المأذون له ثم حجر عليه اى على المأذون له وكان التوكيل في هاتين الصورتين بالعيوب او الخصومات او الشريكان اى او وكل احد الشريكين ثالثا بشئ مما لم يله بنفسه فافترقا اى فافترق الشريكان بعد التوكيل فهذه الوجوه اى العجز والحجر والافتراق تبطل الوكالة على الوكيل علم اى علم الوكيل بذلك او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل اى قيام الامر بالحجر في المأذون له والعجز في المكاتب والافتراق في الشريكين واما اذا كان توكيل المكاتب او العبد المأذون له بقضاء الدين والتقاضى فلا يبطل ذلك التوكيل بعجز المكاتب ولا بالحجر على المأذون له لان في كل شئ وليه العبد لا يسقط المطالبة عنه بالحجر عليه بل يبقى هو مطالبا بايفائه وله ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقى حقه بقى وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد العجز او الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته وكذا اذا وكل احد المتفاوضين وكيلا بشئ هو وليه ثم افترقا واقتسما واشهدا انه لا شركة بينهما ثم امضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم او لا يعلم جاز ذلك عليهما لان التوكيل من احدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلا من جهتهما فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما كذا في المبسوط قال صاحب العناية بعد نقل هذا عن المبسوط (فان قيل) ان يقول هذا الفصل بين ما وليه وبين ما لم يله فما الفارق والجواب ان احد المتفاوضين اذا وكل فيما يليه كان لتوكيله جهتان جهة مباشرته وجهة كونه شريكا فان بطلت جهة كونه شريكا بفسخ الشركة لم تبطل الاخرى وهى مستندة الى حال المفاوضة وتوكيل احدهما فيها كتوكيلهما فيبقى في حقهما واذا وكل فيما لم يله كان لتوكيله جهة كونه شريكا لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فيبطل في حقهما جميعا الى هنا كلامه واعلم انه اذا وكل احد شريكى العنان وكيلا ببيع شئ من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا وكان القياس ان لا يجوز لان كل واحد من الشريكين وكيل من جهة صاحبه في التصرف وليس للوكيل ان يوكل غيره اذا لم يأمره الموكل بذلك وجه الاستحسان ان كلا من الشريكين في حق صاحبه بمنزلة وكيل فوض الامر اليه على العموم لان مقصودهما تحصيل الربح وذلك قد لا يحصل بتصرف واحد فصار مأذونا من جهة صاحبه بالتوكيل قال صاحب غاية البيان قال الشيخ ابو نصر البغدادى وهذا الذى ذكره القدورى جميعه جائز على الاصل الا في الشريكين وفيما ذكره صاحب الكتاب نظرا الى هذا لفظه يعنى ان احد شريكى العنان او المفاوضة اذا وكل وكيلا ثم افترقا بطلت الوكالة على ما ذكره القدورى ولكن في ذلك خلاف الرواية الاخرى الا ترى الى ما قال محمد رح في الاصل واذا وكل احد المتفاوضين وكيلا بشئ مما ذكرت لك وهو الذى وليه ثم افترقا

ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل **قال** واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما قال وهذا عند محمد رح فاما عند ابي يوسف رح لا تعود الوكالة لمحمد رح ان الوكالة اطلاق لانه رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وانما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا

واقتسما واشهدا انه لا شركة بينهما ثم ان الوكيل امضى الذي كان وكل به وهو يعلم او لا يعلم فانه يجوز ذلك كله عليهما جميعا وكذلك لو كانا وكلاه جميعا لان وكالة احدهما جائزة على الآخر وليس تفرقهما ينقض الوكالة الى هنا لفظ محمد رح في باب وكالة احد المتفاوضين ثم قال صاحب الغاية والعجب من صاحب الهداية ابهم الامر ولم يتعرض لكلام القدوري والغالب على ظني ان القدوري اراد بذلك الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة لا الوكالة الابتدائية القصدية التي من نوع عقد الشركة اذ لبطلان ما في ضمنه لا محالة والا يلزم ان يكون قوله مخالفا للرواية انتهى اقول ان قوله والا يلزم ان يكون قوله مخالفا للرواية لا محالة ممنوع لا محالة اذ على تقدير ان يكون مراده الوكالة الابتدائية كما هو المتبادر من كلامه لا يكون مخالفا للرواية المذكورة بحمله على التوكيل بشيء لم يليه الموكل بنفسه كما فصلناه من قبل وفي الرواية المذكورة ايضا اشارة الى ذلك فان قول محمد رح في الاصل اذا وكل احد المتفاوضين وكيلا بشيء مما ذكرت لك وهو الذي ولي ذلك احترازا عن التوكيل بشيء لم يليه كما لا يخفى لا يقال مراد صاحب الغاية والا يلزم ان يكون ظاهر اطلاق قوله مخالفا للرواية فلا ينافيه التطبيق بتقييد وتاويل لانا نقول هذا المعنى مشترك الالزام فلا وجه لذكر القول بعد ان قيده ايضا واوله بتاويل بعيد كما ترى ولا فرق بين العلم وعدمه اي لا فرق في الوجوه المذكورة بين علم الوكيل بسبب بطلان الوكالة وعدم علمه بذلك لان هذا عزل حكمي اي عزل عن طريق الحكم فلا يتوقف على العلم اذ العلم شرط العزل القصدي دون العزل الحكمي كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل اي اذا وكل ببيعه الموكل حيث يصير الوكيل معزولا حكما لفوات محل تصرف الوكيل قال اي القدوري اي في مختصره واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لما فرغ من العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع في العوارض المبطلة لها من جانب الوكيل قال المصنف في تعليل ما ذكر لانه لا يصح امره اي امر الوكيل بعد جنونه وموته والامر في قوله لا يصح امره مصدر مضاف الى المفعول ومعناه الامر الذي كان مامورا به لم يبق صحيحا وانما عبر عنه بذلك لما ذكرنا ان لدوامه حكم الابتداء كذا في النهاية اقول ههنا شائبة الاستدراك اذ لا يخفى على اولي النهى ان ذكر كون موت الوكيل مبطلا للوكالة قليل الجدوى لانه بين غني عن البيان لا يقال المراد بذلك دفع احتمال جريان الارث من الوكيل في حق الوكالة لانا نقول احتمال ذلك مع كونه في غاية البعد في نفسه بناء على ظهور ان الموكل رضي براي الوكيل لا براي غيره لا يندفع بالتعليل الذي ذكره المصنف لان الامر بالوكالة وان لم يبق صحيحا بالنظر الى الوكيل الميت الا انه يحتمل ان يبقى صحيحا بالنظر الى صاحبه الحي فلا يتم التقريب وان لحق اي الوكيل بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود من دار الحرب الى دار الاسلام مسلما هذا اذا حكم القاضي بلحاقه فانه قال شيخ الاسلام في المبسوط وان لحق الوكيل بدار الحرب مرتدا فانه لا يخرج عن الوكالة عندهم جميعا ما لم يقض القاضي بلحاقه وهكذا اشار اليه شمس الائمة السرخسي في مبسوطه حيث قال ولو ارتد الوكيل ولحق بدار الحرب انتقضت الوكالة لانقطاع العصمة بين من هو في دار الحرب وبين من هو في دار الاسلام واذا قضى القاضي بلحاقه فقد صار موته او جعله من اهل دار الحرب يبطل الوكالة انتهى كذا في النهاية وغيرها قال اي قال المصنف رح وهذا اي جواز التصرف للوكيل عند عوده مسلما عند محمد رح فاما عند ابي يوسف رح لا تعود الوكالة وان عاد مسلما لمحمد رح ان الوكالة اطلاق اي اطلاق التصرف لانه اي الوكالة بتاويل التوكيل او العقد او باعتبار الخبر رفع المانع فان الوكيل كان ممنوعا شرعا عن ان يتصرف في شيء موكله فالتوكيل رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به اي بالوكيل يعني ان الوكيل لا يحتاج فيه الى اثبات ولاية بل انما يتصرف بمعان قائمة به وهي العقل والقصد الى ذلك التصرف والذمة الصالحة له وانما عجز اي انما عجز الوكيل عن التصرف بعارض اللحاق لتباين الدارين يعني ان الاطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض هذا العارض ولكن انما عجز الوكيل عن التصرف بهذا العارض فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا وفي المبسوط ولمحمد رح ان اصل الوكالة حق الموكل

ولابي يوسف رح انه اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية اصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات
وبطلت الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد والمدبر ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد رح
انها تعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل
باللحاق **قال** ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوها
مثل ان يوكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزويج امرأة او بشراء شيء

وهو قائم بعد لحاق الوكيل بدار الحرب ولكنه عجز عن التصرف لعارض والعارض على شرف الزوال فاذا زال كان لم يكن فبقي الوكيل على وكالته فصار بمنزلة ما
اغمي عليه زمانا ثم افاق ولابي يوسف رح انه اي التوكيل اثبات ولاية التنفيذ اي تمليك ولاية تنفيذ التصرف في حق الوكالة اي التوكيل لا اثبات ولاية اصل التصرف
له لان ولاية اصل التصرف ثابتة له باهليته بجنس التصرف في حد ذاته وولاية التنفيذ بالملك اي وتمليك ولاية التنفيذ يتعلق بالملك لان التمليك بلا ملك
غير متحقق فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة وباللحاق اي باللحاق بدار الحرب لحق اي الوكيل بالاموات فبطل الملك لبطلت الولاية اي فاذا بطلت الولاية بطل التوكيل
لئلا يلزم تخلف المعلول عن العلة فلا تعود اي الولاية يعني اذا بطلت الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد والمدبر فانه اذا لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه
اعتق ام ولده ومدبره ثم لو عاد مسلما لا يعود ملكه فيهما ولا يرتفع العتق فكذلك الولاية التي بطلت لا تعود واشار اليه بقوله لحق بالاموات الى ان موضع المسألة فيما اذا
قضى القاضي بلحاقه واما اذا لم يتصل بذلك فلا يخرج الوكيل عن الوكالة عندهم جميعا كما ذكرنا من قبل قال صاحب الكفاية بقي الكلام في قوله لان ولاية
اصل التصرف باهليته فانه بعيد التعلق عما استدل به عليه وهو قوله انه اثبات ولاية التنفيذ الا ان يتكلف فيقال الوكيل له ولايتان ولاية اصل التصرف
وولاية التنفيذ والاولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده والثانية لم يكن ثابتة قبله وانما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شيء سوى التوكيل فكانت ثابتة به انتهى
اقول ان قوله لان ولاية اصل التصرف باهليته ليس بدليل على منطوق قوله انه اثبات ولاية التنفيذ حتى يتوهم انه بعيد التعلق عما استدل به عليه بل هو
دليل على مفهوم ذلك وهو لا اثبات ولاية اصل التصرف كما اشرنا اليه في شرح هذا المقام من قبل فالمعنى ان التوكيل اثبات ولاية التنفيذ للوكيل لا اثبات
ولاية اصل التصرف له حتى يجوز ان تعود الوكالة بعود الوكيل مسلما كما قاله محمد رح لان ولاية اصل التصرف ثابتة له باهليته في حد ذاته فلا يتصور ان
تثبتها الموكل له بالتوكيل وان لم يسلم اعتبار مفهوم المخالفة في مثل ذلك فنقول هو دليل على مقدمة مطوية مفهومة من الكلام بمعونة قرينة المقام
وهي لا اثبات ولاية التصرف له فلا اشكال على كل حال ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا اي وقد لحق بدار الحرب مرتدا وقضى القاضي بلحاقه
صرح به في المبسوط وغيره لا تعود الوكالة في الظاهر اي في ظاهر الرواية وعن محمد رح انها اي الوكالة تعود كما قال في الوكيل وفي السير الكبير يقول محمد رح
يعود الوكيل على وكالته في هذا الفصل ايضا لان الموكل اذا عاد مسلما عاد عليه ماله على قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته كما لو
وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته فهذا مثله كذا في المبسوط والفرق له على الظاهر يعني ان لمحمد رح فرق
بين الفصلين اي بين ارتداد الوكيل وبين ارتداد الموكل في ظاهر الرواية حيث قال يعود الوكالة في ارتداد الوكيل اذا عاد مسلما في جميع الروايات وبعدم
عودها في ارتداد الموكل اذا عاد مسلما في ظاهر الرواية فوجه الفرق له على ظاهر الرواية ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال اي وقد زال ملك
الموكل بردته والقضاء بلحاقه بدار الحرب فبطلت الوكالة على الثبات وفي حق الوكيل اي مبنى الوكالة في حق الوكيل على معنى قائم به اي بالوكيل كما بينا
من قبل ولم يزل اي ولم يزل المعنى القائم به باللحاق اي بلحاق الوكيل بدار الحرب وقضاء القاضي به فكان محل تصرف الوكيل باقيا ولكنه عجز عن التصرف
بعارض على شرف الزوال فاذا زال العارض صار كان لم يكن كما ذكرنا فيما مر واما ابو يوسف رح فسوى بين الفصلين حيث قال بعدم عود الوكالة فيهما
معا قال اي القدوري في مختصره ومن وكل آخر بشيء من الاثبات او الاسقاطات ثم تصرف اي الموكل بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة الى هنا لفظ القدوري
قال اي المصنف وهذا اللفظ ينتظم وجوها كثيرة من المسائل مثل ان يوكله اي الآخر باعتاق عبده اي عبد الموكل او بكتابته اي بكتابة عبده فاعتقه
اي اعتق ذلك العبد او كاتبه الموكل بنفسه فان الوكالة تبطل حينئذ او يوكله بتزويج امرأة اي او ان يوكله بتزويج امرأة معينة اياه او بشراء شيء اي او ان يوكله

تفعله بنفسه او يوكل بطلاق فطلقها الزوج ثلثا او واحدة وانقضت عدتها او بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وابانها له ان يزوجها الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء القاضي فعن ابي يوسف انه ليس للوكيل ان يبيعه مرة اخرى لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقال محمد له ان يبيعه

يشتري شيئا بعينه لم فيفعله بنفسه اي ففعل الموكل ما وكل به بنفسه بان تزوجها بنفسه او يشتريه بنفسه فان ذلك كان عزلا للوكيل فتبطل الوكالة او يوكل بطلاق امراته فطلقها الزوج وهو الموكل ثلثا اي ثلث تطليقات او واحدة اي او طلقها طلقة واحدة وانقضت عدتها فان الوكالة تبطل هناك ايضا ولا يكون للموكل بعد ذلك ان يطلقها وانما قيد بالثلث وقيد الواحدة بانقضاء العدة والمراد بها ما دون الثلث لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها الموكل تطليقة واحدة او ثنتين بائنة كانت او رجعية فان للوكيل ان يطلقها ما دامت في العدة واما اذا طلقها الموكل تطليقات ثلثا فلا يملك الوكيل طلاقها لا في العدة ولا بعدها والاصل فيه ان كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان الوكيل ايضا قادرا عليه والا فلا كذا ذكر في النهاية والعناية اقول في هذا الاصل نوع اشكال اذ يطالب بالفرق حينئذ بين هذه المسئلة وبين مسئلة التوكيل بتزويج امراة فان الموكل هناك لو تزوجها بنفسه ثم ابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه كما تم في عامة الكتب وذكره المص ايضا فيما بعد مع ان الموكل قادر على تزوجها بنفسه مرة اخرى فلم لم يقدر الوكيل ايضا على ان يزوجها منه مرة اخرى وعلل في البدائع عدم قدرة الوكيل عليه بان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار فاذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الامر كما في الاوامر الشرعية والظاهر ان هذا التعليل يقتضي ان لا يقدر الوكيل على التطليق بعد تطليق الموكل مطلقا في مسئلة التوكيل بالطلاق ايضا فان قيل بطلان الوكالة في مسئلة التوكيل بالتزويج بتزويج الموكل بنفسه بناء على انقضاء الحاجة كما ذكره المص فيما بعد قلنا قد انقضت الحاجة في مسئلة التوكيل بالطلاق ايضا بتطليق الموكل بنفسه لا يقال قد يقع الحاجة الى تكرر الطلاق لتشديد الفرقة لانا نقول قد يقع الحاجة الى التزوج مرة اخرى ايضا فلم يتضح الفرق فتامل او بالخلع اي او وكله بان يخالع امراته فخالعها اي فخالعها الموكل بنفسه فان الوكالة تبطل هنا ايضا قال المص في تعليل المسائل المذكورة كلها لانه اي الموكل لما تصرف فيما وكل به بنفسه تعذر على الوكيل التصرف في ذلك لامتناع تحصيل الحاصل فبطلت الوكالة في جميع ما ذكر حتى لو تزوجها اي لو تزوج الموكل المراة التي وكل الآخر بتزويجها منه بنفسه وابانها اي ابانها بعد ان تزوجها بنفسه لم يكن للوكيل ان يزوجها منه اي لم يكن للوكيل ان يزوج تلك المراة المبانة من الموكل مرة اخرى لان الحاجة قد انقضت اي لان حاجة الموكل قد انقضت بتزوجها بنفسه اقول ههنا كلام اما اولا فلان تفريع هذه المسئلة على التعليل الذي ذكره لبطلان الوكالة في المسائل المذكورة ليس بتام لان الموكل انما تصرف بنفسه في تزوجها مرة اولى فهو الذي تعذر على الوكيل التصرف فيه على موجب التعليل المذكور ومحرى هذه المسئلة ان لا يكون للوكيل تزويجها من الموكل مرة اخرى ولا تاثير فيه للتعليل المذكور لان الموكل لم يتصرف بنفسه في هذه المرة حتى يتعذر على الوكيل التصرف فيها فالاولى ان يترك اداة التفريع ويذكر هذه المسئلة على سبيل الاستقلال كما وقع في سائر المعتبرات واما ثانيا فلانه ان اراد بقوله لان الحاجة قد انقضت ان الحاجة الى تزوجها مرة اولى قد انقضت فهو مسلم ولكن هذا لا ينافي بقاء الحاجة الى تزوجها مرة اخرى فلا يتم التقريب وان اراد بذلك ان الحاجة الى تزوجها مطلقا قد انقضت فهو مسلم اذ قد يحتاج الرجل الى تزوج امراة واحدة مرارا متعددة لاسباب داعية اليه فالاولى في تعليل هذه المسئلة ما ذكر في البدائع من ان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار فاذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الامر كما في الاوامر الشرعية بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل اي بخلاف ما اذا تزوج الوكيل المراة التي وكل بتزويجها من الموكل وابانها اي ابانها بعد ان تزوجها حيث يكون له ان يزوج الوكيل تلك المراة المبانة لبقاء الحاجة اي لبقاء حاجة الموكل الى تزوجها وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه اي فباع الموكل العبد بنفسه يعني بطلت الوكالة في هذه الصورة ايضا فلو رد عليه اي فلو رد العبد على الموكل بعيب بقضاء قاض فعن ابي يوسف انه ليس للوكيل ان يبيعه مرة اخرى روى ذلك عنه ابن سماعة كما صرح به في الذخيرة لان بيعه بنفسه اي لان بيع الموكل ذلك العبد بنفسه منع للوكيل من التصرف حكما فصار كالعزل اي فصار ذلك كعزل الوكيل عن الوكالة فلا يعود وكيلا الا بتجديد الوكالة وقال محمد رح له اي للوكيل ان يبيعه اي ان يبيع ذلك العبد

مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب ثانيا لانه مختار في الرجوع فكان دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء فبغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه والله اعلم

مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اى لان الوكالة بتاويل التوكيل او العقد او باعتبار الخبر وقدمر غير مرة اطلاق اى اطلاق التصرف وهو باق والامتناع انما كان لعجز الوكيل عن التصرف بخروج العبد عن ملك الموكل والعجز قد زال اى عجز الوكيل قد زال بعود العبد الى قديم ملك الموكل فعادت الوكالة وانما قيد الرد بالعيب على الموكل بقضاء القاضي لان الموكل اذا قبله بالعيب بعد البيع بغير القضاء فليس للوكيل ان يبيعه مرة اخرى بالاجماع لان الرد بغير القضاء كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما وكان في حق الوكيل كان الموكل اشتراه ابتداء واعلم انه ذكر في المبسوط مسئلة الرد بالعيب بقضاء القاضي من غير خلاف في جواز البيع ووضع المسئلة في الامة فقال ولو باعها او الآمر ثم ردت بعيب بقضاء قاض فللوكيل ان يبيعها لان الرد بالعيب بقضاء قاض فسخ من الاصل وعادت الى قديم ملك الموكل وان قبلها الموكل بالعيب بغير قضاء بعد قبض المشتري لم يكن للوكيل ان يبيعها وكذلك ان تقايلا البيع فيها لان هذا السبب كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كان الموكل اشتراها ابتداء وكذلك ان رجعت الى الموكل بميراث او هبة او غير ذلك بملك جديد لم يكن للوكيل بيعها لان الوكالة تعلقت بالملك الاول وهذا ملك جديد سوى الاول فلا يثبت فيه حكم الوكالة الا بتجديد التوكيل من المالك انتهى ولم يذكر الخلاف ايضا في المسئلة المذكورة في الاصل ولا في الكافي للحاكم الشهيد ولا في شرحه للامام علاء الدين الاسبيجابي ولكن ذكره القدوري في شرحه فقال قال ابو يوسف رحمه الله ليس للوكيل ان يبيعه وقال محمد رح له ان يبيعه ثم اعلم ان صاحب البدائع بعد ان ذكر الخلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في المسئلة المذكورة قال ولو وكله ان يهب عبده فوهبه الموكل بنفسه ثم رجع في هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل ان يهبه فمحمد يحتاج الى الفرق بين البيع والهبة ووجه الفرق له لم يتضح انتهى فقد اراد المص بيان وجه الفرق بينهما على قول محمد رح فقال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب اى الموكل بنفسه ثم رجع عن هبته حيث لم يكن للوكيل ان يهب مرة اخرى بالاجماع لانه اى لان الموكل الواهب بنفسه مختار في الرجوع فكان ذلك اى كان رجوعه مختارا دليل عدم الحاجة الى الهبة اذ لو كان محتاجا اليها لما رجع عنها وكان دليلا على نقض الوكالة اما الرد بقضاء اى اما رد البيع بقضاء القاضي على الموكل البائع بنفسه فهو بغير اختياره اى بغير اختيار الموكل فلم يكن دليل زوال الحاجة الى البيع اقول من العجائب ههنا ان الشارح العيني قال في شرح قول المص اما الرد بقضاء اى اما رد الهبة بقضاء القاضي وفي شرح قوله بغير اختياره اى اختيار الواهب حيث زعم ان مراد المص بيان الفرق بين رد الهبة بالاختيار وبين ردها بقضاء القاضي وهذا مع كونه غير صحيح في نفسه كيف غفل عن تعلق قوله بخلاف ما اذا وكله بالهبة بما سبق من مسئلة توكيله بالبيع وما ذا يقول في قوله فاذا عاد اليه اى الى الموكل قديم ملكه كان له اى للوكيل ان يبيعه فانه صريح في ان مراده الفرق بين البيع والهبة وذكر في التتمة قال محمد رح لا يشبه الهبة البيع لان الوكالة بالبيع لا تنقضي بمباشرة البيع لان الوكيل بعد ما باع يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة فاذا انفسخ البيع والوكالة باقية جاز له ان يبيع ثانيا بحكمها فاما الوكالة بالهبة تنقضي بمباشرة الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه فاذا رجع الموكل في هبته وعاد اليه العبد ولا وكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا انتهى قال في البدائع ثم هذه الاشياء التي ذكرنا انه يخرج بها الوكيل عن الوكالة سوى العزل والنهي لا يفترق الحال فيها بينهما اذا علم الوكيل بها او اذا لم يعلم في حق الخروج عن الوكالة لكن يقع المفارقة فيها بين البعض والبعض من وجه آخر وهو ان الموكل اذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم به الوكيل فقبض الثمن فهلك الثمن في يده ومات العبد قبل التسليم الى المشتري يرجع المشتري على الوكيل بالثمن ويرجع الوكيل على الموكل وكذا لو دبره او اعتقه او استحق او كان حرا بالاصل وفيما اذا مات الموكل او جن او هلك العبد الذي وكل ببيعه ونحو ذلك لا يرجع والفرق ان الوكيل هناك وان صار معزولا بتصرف الموكل صار معزولا من جهته بترك اعلامه اياه فصار كفيلا له بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان الكفالة اذ ضمان الغرور في الحقيقة ضمان الكفالة ومعنى الغرور لا يتقرر في الموت

كتاب الدعوى

وهلاك العبد والجنون واخواتها فهو الفرق ولو وكله بقبض دين له على رجل ثم ان الموكل وهب المال الذي عليه الدين والوكيل لا يعلم بذلك فقبض الوكيل المال فهلك في يده كان للدافع الدين ان ياخذ به الموكل ولا ضمان على الوكيل لان يد الوكيل يد نيابة عن الموكل لانه قبضه بامره وقبض النائب كقبض المنوب عنه وكانه قبضه بنفسه بعد ما وهبه منه ولو كان كذلك لرجع عليه فكذا هذا الى هنا لفظ البدائع

كتاب الدعوے

لما كانت الوكالة بالخصومة التي هي اشهر انواع الوكالات سببا داعيا الى الدعوى ذكر كتاب الدعوى عقيب كتاب الوكالة لان المسبب يتلو السبب ثم ان ههنا امورا من دأب الشراح بيان امثالها في اوائل الكتب وهي معنى الدعوى لغة وشرعا وسببها وشرطها وحكمها ونوعها فقال صاحب الغاية وهي في اللغة عبارة عن قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وفي عرف الفقهاء مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء بان المطالبة من شرائط صحة الدعوى كما سيجيء فلا يستقيم تعريفها بها للمباينة الا ان يأول بالمشروط بالمطالبة اقول هذا ساقط لان كون المطالبة من شرائط صحة الدعوے لا ينافي استقامة تعريف نفس الدعوى بها اذ المباينة لصحة الشيء لا تقتضي المباينة لذلك الشيء الا يرى ان كل شيء مباين لصحته لكونها وصفا مغايرا له وليس بمباين لنفسه قطعا غاية ما لزم ههنا ان يكون صحة الدعوى مشروطا بالمطالبة التي هي نفس الدعوى ولا محذور فيه فان صحة الدعوى وصف لها وتحقق الوصف مشروط بتحقق الموصوف دائما وقال صاحب النهاية بعد بيان معناها اللغوي والشرعي على وجه البسط والتفصيل واما سببها فما هو السبب الذي ذكرناه في النكاح والبيوع لان دعوى المدعي لا يخلو اما ان يكون امرا راجعا الى بقاء نسلا او امرا راجعا الى بقاء نفسه وما يتبعها وكلاهما قد ذكرا واما شرط صحتها على الخصوص فمجلس القضاء لان الدعوى لا تصح في غير هذا المجلس حتى لا تجب على المدعى عليه جواب المدعي ومن شرائط صحتها ايضا ان يكون دعوى المدعي على خصم حاضر ان يكون المدعى به شيئا معلوما وان يتعلق به حكم على المطلوب لما ان الفاسدة من الدعوى هي ان لا يكون الخصم حاضرا وان يكون المدعى به مجهولا لان عند الجهالة لا يمكن للشهود الشهادة ولا للقاضي القضاء به وان لا يلزم على المطلوب شيء بدعواه نحو ان يدعي انه وكيل هذا الخصم الحاضر في امر من اموره فان القاضي لا يسمع دعواه هذا اذا انكر الآخر لانه يمكنه عزله في الحال واما حكمها فوجوب الجواب على الخصم بنعم او بلى ولهذا وجب على القاضي احضاره مجلس الحكم حتى يوفي ما استحق عليه من الجواب اما انواعها فشيئان دعوى صحيحة ودعوى فاسدة فالصحيحة ما يتعلق بها احكامها وهي احضار الخصم والمطالبة بالجواب واليمين اذا انكر وفي مثل هذه الدعوى يمكن اثبات المدعى بالبينة او بالنكول والدعوى الفاسدة ما لا يتعلق بها هذه الاحكام وفساد الدعوى باحد معنيين اما ان لا يكون ملزما للخصم شيئا وان ثبتت على ما قلنا من ان يدعي على غيره انه وكيله والثاني ان يكون مجهولا في نفسه والمجهول لا يمكن اثباته بالبينة فلا يتمكن القاضي من القضاء بالمجهول لا بالبينة ولا بالنكول انتهى اقول في تحريره نوع اختلال واضطراب فان قوله واما شرط صحتها على الخصوص الى قوله وان يتعلق به حكم على المطلوب يدل على ان لصحتها شروطا اربعة وهي مجلس القضاء وحضور الخصم وكون المدعى شيئا معلوما وان يتعلق به حكم على المطلوب ويقتضي هذا ان يكون فسادها باحد امور اربعة وهي انتفاءات هذه الشروط الاربعة وهي قوله لما ان الفاسدة من الدعوى هي ان لا يكون الخصم حاضرا الى قوله لانه يمكنه عزله في الحال يشعر بان فسادها انما هو بامور ثلاثة وهي عدم حضور الخصم وان يكون المدعى مجهولا وان لا يلزم على المطلوب شيء بالدعوى بناء على ان المعرف بلام الجنس اذا جعل مبتدأ كما في قوله ان الفاسدة من الدعوى فهو مقصور على الخبر نحو الكرم التقوى والامام من قريش على ما عرف في علم العربية وان قوله وفساد الدعوى باحد معنيين الى آخره ما يدل على ان فسادها باحد الامرين لا غير لان اضافة المصدر كما في قوله وفساد الدعوى تفيد الحصر نحو ضربي زيدا في الدار على ما نص عليه

قال المدعى من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ومعرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشائخ فيه فمنها ما قال فى الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعى من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذى اليد

العلامة التفتازانى فى شرح التلخيص ثم ان قوله واما انواعها فشيئان لا يخلو عن سماجة ظاهرة حيث حمل التثنية على الجمع بالمواطاة قال اى القدورى فى مختصره المدعى من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة وزاد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فى متنه المدعى من لا يجبر على الخصومة وقال فى شرحه لم يقل اذا تركها كما قال القدورى ومن تبعه لانه غير مجبور حالتى الترك والفعل و القيد المذكور يوهم الاختصاص انتهى اقول فيه بحث اذ على تقدير ترك قيد الترك يلزم ان ينتقض تعريف المدعى بالمدعى عليه حالة الفعل فانه يصدق عليه فى هذه الحالة انه لا يجبر على الخصومة ضرورة عدم تصور الجبر على الفعل حالة حصوله واما ايهام القيد المذكور الاختصاص فمم لاندفاعه بشهادة ضرورة الفعل على عدم تصور الجبر حالة الفعل ومعرفة الفرق بينهما اى بين المدعى والمدعى عليه من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى فان النبى صلى الله عليه وسلم قال البينة على المدعى واليمين على من انكر والانسان قد يكون مدعيا صورة ومع ذلك يكون القول قوله مع يمينه كما فى المودع اذا ادعى رد الوديعة على ما ذكر فى الكتاب فلا بد من معرفتهما وقد اختلفت عبارات المشائخ رحمهم الله فيه اى فى الفرق بينهما فمنها ما فى الكتاب يعنى مختصر القدورى وهو حد عام صحيح وقيل المدعى من لا يستحق الا بحجة وهى البينة او الاقرار والنكول على قول من يرى انه ليس باقرار كما سيعلم فى باب اليمين كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذى اليد قال صاحب العناية وهو ليس بعام اى جامع لعدم تناوله صورة المودع اذا ادعى رد الوديعة انتهى اقول يمكن توضيح كلامه وتقرير مرامه بوجهين احدهما انه تقبل فى صورة الصورة قول المودع مع يمينه كما سيجئ فى الكتاب فلا يصدق عليه انه لا يستحق الا بحجة وثانيهما ان المودع فى تلك الصورة لا يستحق شيئا فلا يصدق عليه انه يستحق بحجة ثم اقول يمكن الجواب عن الوجهين معا بانه سيجئ فى الكتاب ان الاعتبار عند الحذاق من اصحابنا للمعانى دون الصورة فلهذا ان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان فيجوز ان يكون هذا التعريف المذكور على المعنى المعتبر دون الصورتين فح لا ضير فى عدم تناول تعريف المدعى صورة المودع اذا ادعى رد الوديعة لعدم كونه مدعيا حقيقة او معنى ويمكن جواب آخر عن الوجه الاول بان المودع من حيث انه مودع رد الوديعة لا يستحق الا بحجة واما استحقاقه بقوله فانما هو من حيث انه مدعى عليه وبالجملة قيد الحيثية معتبرة وقال صاحب العناية بعد قوله المذكور ولعله غير صحيح لان المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره انتهى اقول ويمكن الجواب عن هذا ايضا بان دفع استحقاق غيره لا ينافى استحقاق نفسه بل يقتضيه بناء على ان الحقوق لا تتحقق بدون المستحق فكون المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره لا ينافى صحة تعريفه بمن يكون مستحقا بقوله وعن هذا قال صاحب الكافى وصاحب الكفاية فى بيان تعريف المدعى عليه بمن يكون مستحقا بقوله من غير حجة فانه اذا قال هو لى كان مستحقا له ما لم يثبت الغير استحقاقه فان قلت صيغة الفعل تفيد التجدد والحدوث على ما تقرر فى علم العربية فيكون معنى من يكون مستحقا بقوله من يتجدد ويحدث استحقاقه بقوله مع ان استحقاق المدعى عليه لا يتجدد ولا يحدث بقوله بل يكون باقيا على ما كان عليه قبل الدعوى قلت هذه مناقشة لفظية يمكن دفعها ايضا بان يقال المراد بمن يكون مستحقا بقوله من يكون ثابتا على الاستحقاق بقوله على ان يكون مستحقا مجازا ثابتا عليه على الاستحقاق بقرينة قوله كذى اليد ونظيره ما ذكره المفسرون فى قوله تعالى اهدنا الصراط المستقيم من ان معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم فالذى يلزم حينئذ من صيغة الفعل فى تعريف المدعى عليه بما ذكر ان يتجدد الثبات على الاستحقاق لا ان يتجدد نفس الاستحقاق ولا محذور فيه واجاب بعض الفضلاء عما ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال قد مر فى الدرس السابق ان لدوام الامور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء ما لم يقع العدول من ان يقال ان يستحق بقبوله الى قوله من يكون مستحقا بقوله اشعارا على دفع هذا الكلام لان معناه من يكون استحقاقه دائما الدلالة الاسم على الدوام والثبات انتهى اقول فى كل من شقى جوابه نظر اما فى شقه الاول فلانا سلمنا ان لدوام التصرفات الغير اللازمة حكم الابتداء على ما مر فى اوائل الباب السابق ولكن لا نسلم ان ما نحن فيه من ذلك القبيل فتامل واما فى شقه الثانى فانه لا يذهب على من له دراية بالعلوم الادبية انه لا فرق بين ان يقول من يستحق بقوله وبين قوله

وقيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقال محمد رح في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشان في معرفته والترجيح
بالفقه عند الحذاق من اصحابنا لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول قوله مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان

من يكون صحتا بقوله في افادة التجدد والحدوث لان صلة منتزع كل واحد منها اثبات فعلية فتدل على التجدد والحدوث قطعا وكون الجزء الثاني مما لا دخل
له في افادة الدوام والثبات اصلا على ان الثقات من محققي النحاة كالرضي واضرابه صرحوا بان ثبوت خبر باب كان مقترن بالزمان الذي يدل عليه صيغة الفعل
الناقص اما ماضيا او حالا او مستقبلا فكان للماضي ويكون للحال والاستقبال وكن للاستقبال وقال الفاضل الرضي وذهب بعضهم الى ان كان يدل على استمرار
مضمون الخبر في جميع الزمن الماضي وشبهته قوله تعالى وكان الله سميعا بصيرا وذهل ان الاستمرار مستفاد من قرينة وجوب كون الله سميعا بصيرا لا من لفظ
كان الا يرى انه يجوز كان زيد نائما فاستيقظ وكان قياس ما قال ان يكون كن ويكون للاستمرار ايضا وقول الحريري وكان تكون نا قصة لثبوت خبرها دائما
منقطعا رد على ذلك القائل يعني انه يجيء دائما كما في الآية ومنقطعا كما في قولك كان زيد قائما ولم يدل لفظ كان على احد الامرين بل ذاك الى القرينة الى تمام
كلامه فقد تقرر من هذا انه لا دوام في مضمون خبر كان عند المحققين وانما ذهب اليه بعض من هو لا داما الدوام في خبر يكون الذي كلامنا فيه فيما لم يذهب اليه احد قط
فما ذكره ذلك المجيب خارج من قواعد العربية بالكلية نعم لو كان المذكور في التعريف من هو مستحق القول بالجملة الاسمية لتم الفرق وليس فليس وقيل المدعي من
يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر قال صاحب العناية ولعله منقوض بالمودع فانه مدعى عليه وليس يتمسك بالظاهر اذ رد الوديعة ليس بظاهر
لان الفراغ ليس باصل بعد الاشتغال ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالقول لرب المال
لان المديون يدعي براءة بعد الشغل وكانت عارضة والشغل اصلا ويجوز ان يورد بالعكس لانه مدع ويتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان انتهى اقول فيه بحث اذ لانم
ان المودع من حيث هو مدعى عليه ليس يتمسك بالظاهر قوله اذ رد الوديعة ليس بظاهر قلنا مسلم لكن لانم تمسكه به من حيث هو مدعى عليه بل هو من هذه الحيثية
متمسك بعدم الضمان وهو الظاهر وكذا لانم انه من حيث هو مدع يتمسك بالظاهر بل هو من هذه الحيثية ملتمس غير الظاهر وهو رد الوديعة والحاصل ان
صاحب العناية زعم حيثية كون المودع مدعيا حيثية كونه مدعى عليه وبالعكس فاورد النقض على تعريفيهما وليس الامر كما زعمه كيف ولو تم ما زعمه لورد النقض بالمودع
اذا ادعى رد الوديعة على التعريف الاول ايضا بانه مدع رد الوديعة ويجبر على الخصومة مع انهم اتفقوا على انه مدعى عليه صحيح ثم ان ما ذكرناه كله على تسليم اعتبار
جانب الصورة ايضا فيما اذا ادعى المودع رد الوديعة واما على تقدير ان كان المعتبر هو جانب المعنى دون جانب الصورة كما ذكرناه من قبل ويجيء في الكتاب
فلا يتوجه النقض بالعكس اصلا واعترض بعض العلماء على بعض مقدمات ما ذكره صاحب العناية ههنا حيث قال فيه كلام وهو ان في صورة الوديعة ليس في
ذمة المودع شيء من المال حتى يكون دعوى الرد منه دعوى البراءة بعد الشغل بل انما هي مجرد انكار الضمان وثبوت الشيء في ذمته بخلاف صورة الدين واشير الى هذا في
الكافي انتهى اقول نعم قد اشير اليه بل صرح به في الكافي وعامة الشروح والظاهر ان صاحب العناية رآه واطلع عليه ولكن لم يعبأ بذلك تعليلا بان يقول سلمنا ان في صورة
الوديعة ليس في ذمة المودع شيء من المال ولكن في عهدته حفظ مال الوديعة اذ قد تقرر في كتاب الوديعة انما عقد استحفاظ وان حكمها وجوب الحفظ على المودع فكان دعوى
الرد منه دعوى البراءة بعد اشتغال ذمته بالحفظ والفراغ ليس باصل بعد الاشتغال فيتمشى كلامه ويتم مرامه واما قوله ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة في ذمته بدفع
الدين الخ فيجوز ان يكون مبنيا على مجرد الاشتراك بين المسئلتين في كون الفراغ ليس باصل بعد الاشتغال وان كانتا مختلفتين بكون الاشتغال في احدهما بالمال وفي
الاخرى بالحفظ فالذي يقطع عرق ايراد صاحب العناية ههنا ما قدمناه لا غير وقال محمد رح في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لما ورد من قول النبي صلى الله عليه وسلم
واليمين على من انكر وروي اليمين على المدعى عليه لكن الشان في معرفته اي معرفة المنكر والترجيح بالفقه اي بالمعنى دون الصورة عند الحذاق من اصحابنا رضي الله عنهم لان الاعتبار
للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول قوله مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان معنى تعليل لقوله فالقول له مع اليمين قال صاحب العناية يعني

قال ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره

نتائج اذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لاحديهما على الاخرى يكون بالفقه اي باعتبار المعنى دون الصورة فان المودع اذا قال رددت الوديعة فهو مدع للرد
صورة فلو اقام على ذلك بينة قبلت والقول له مع يمينه ايضا فكان مدعى عليه فاذا اقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها فانه ينكر الضمان والقول
قول المنكر مع يمينه انتهى اقول شرح هذا المقام بهذا الوجه لا يكاد يصح اما اولا فلانه غير مطابق للمشروح لان قول المصنف والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا
لان الاعتبار للمعاني دون الصور صريح في ان المعتبر هو المعاني لا غير وقول صاحب العناية فاذا اقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها مخالف
له لانه صريح في ان الصورة ايضا معتبرة فيصير هذا من قبيل العمل بالجهتين لا من قبيل ترجيح احديهما على الاخرى واما ثانيا فلان اول هذا الشرح مخالف لآخره فان
قوله في الاول اذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لاحديهما على الاخرى يكون بالفقه اي باعتبار المعنى دون الصورة صريح في ان المعتبر جهة المعنى دون جهة
الصورة وقوله في الآخر فاذا اقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها صريح في ان كلتا الجهتين معتبرتان ثم ان بعض الفضلاء قصد توجيه كلام
صاحب العناية ههنا وتبيين مرامه فقال المراد بالجهتين هي الانكار الصوري والانكار المعنوي لا الادعاء الصوري والانكار المعنوي على ما يتوهم من ظاهر كلامه
فان كلا منهما معتبر حيث تقبل بينة الرد ايضا فلا يظهر ترجيح المعنوي انتهى اقول هذا ايضا غير صحيح اما اولا فلان الشرح لا يطابق المشروح ايضا فان قول المصنف لان
الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة يدل قطعا على ان المراد بالصورة ههنا الادعاء الصوري حيث جعل الصورة قيد الادعاء
في قوله وان كان مدعيا للرد صورة واما ثانيا فلانه لا معنى للتعارض بين الانكار الصوري والانكار المعنوي لانه اما ان يراد بالتعارض ههنا مجرد التخالف
في الحقيقة والتنافي في الصدق وكلاهما غير متحقق بين الانكار الصوري والانكار المعنوي اما عدم تحقق الاول بينهما فظاهر واما عدم تحقق التنافي بينهما
المودع فلان المنكر المعنوي فيما اذا قال المودع رددت الوديعة هو المودَع بالفتح حيث ينكر الضمان والمنكر الصوري هو المودِع بالكسر حيث ينكر الرد ولا تنافي بين
انكاريهما في الصدق لجواز ان يصدقا معا بان لا يرد المودع الوديعة ولا يجب الضمان عليه بهلاك الوديعة في يده من غير تعد منه فاذا لم يتحقق شيء من
معنى التعارض بينهما فكيف يصح ان يحمل عليه الجهتان في قوله يعني اذا تعارض الجهتان ايضا انما يتصور التعارض بين الشيئين عند اجتماعهما في محل واحد
ومحل الانكار الصوري مغاير لمحل الانكار المعنوي فيما نحن فيه لقيام احدهما بالمودِع بالكسر والآخر بالمودَع بالفتح فلا يتصور التعارض بينهما بخلاف الادعاء
الصوري والانكار المعنوي فانه يتحقق بينهما التعارض بالمعنى الاول قطعا ومحلهما واحد وهو المودع بالفتح فكان موقعا للتعارض فنعم ما قيل وان يصلح
العطار ما افسده الدهر ثم ان الحق عندي ان شرح هذا المقام على ما يقتضيه عبارة المصنف هو انه اذا تعارضت الجهتان اي جهتا الادعاء الصوري
وجهة الانكار المعنوي فالترجيح بالفقه اي بالمعنى عند الحذاق من اصحابنا فان الاعتبار للمعاني دون الصورة فالمودع اذا قال رددت الوديعة
فالقول له مع يمينه بناء على انه ينكر الضمان معنى ولا يعتبر كونه مدعيا للرد صورة وان يقال في وجه قبول بينة المودع في تلك الصورة انما تقبل بينة المودع
اذا اقامها على الرد لدفع اليمين عنه فان البينة قد تقبل لدفع اليمين على ما صرحوا به في مواضع شتى من كتب الفقه منها ما ذكره صدر الشريعة في شرح الوقاية
في مسئلة اختلاف الزوجين في قدر المهر حيث قال ان المرأة تدعي الزيادة فان اقامت بينة قبلت وان اقام الزوج تقبل ايضا لان البينة تقبل لدفع
اليمين كما اذا اقام المودع بينة على رد الوديعة على المالك تقبل انتهى فتتضح المراد ويرتفع الفساد قال اي القدوري في مختصره ولا تقبل الدعوى حتى
يذكر شيئا معلوما في جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك وقدره مثل كذا وكذا درهما او دينارا او كرا واعلم ان هذا في دعوى الدين لا في دعوى
العين فان العين اذا كانت حاضرة يكفي الاشارة اليها بان هذه ملك لي وان كانت غائبة يجب ان يذكر قيمتها على ما سيفصل فان قلت عبارة الكتاب لا تدل

لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها
بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى
وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصر ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة لما قلنا واليمين اذا انكره وسنذكره
ان شاء الله تعالى قال وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تتعذر مشاهدة العين

على التقييد قلت نعم الا ان العبارة وقعت كذلك في غاية معتبرات المتون فلعلها بناء على افهام المراد بها ما ذكر بعدها من تفصيل احوال دعوى الاعيان
ومع هذا قد تصدى صدر الشريعة في شرح الوقاية لبيان المراد بها على ما بيناه ايضاحا للمقام واما بعض المتاخرين فلما فهموا انحطاطها غيروها في متونهم
الى التصريح بكل نوع من الدعاوى على حدة مع بيان شرائطه المخصوصة قال المص في تعليل المسئلة المذكورة لان فائدة الدعوى الالزام على الخصم بواسطة اقامة
الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق اقول فيه بحث وهو ان عدم تحقق الالزام في المجهول ممنوع اذ قد تقرر في كتاب الاقرار ان الاقرار بالمجهول صحيح وقد مر في صدر كتاب الدعوى
ان حكم الدعوى الصحيحة وجوب الجواب على الخصم اما بالاقرار واما بالانكار فعلى تقدير ان اجاب الخصم بالاقرار يمكن الالزام عليه في المجهول ايضا لكونه مؤاخذا باقراره فينبغي
ان يصح الدعوى فيه ايضا لظهور فائدتها على تقدير الجواب بالاقرار وبالجملة ان الالزام كما يتحقق بواسطة حجة البينة كذلك يتحقق بواسطة حجة الاقرار فان لم يتصور الاول
في دعوى المجهول يتصور الثاني فيها فلا يتم المطلوب لا يقال قد لا يقر الخصم فيحتمل ان لا يتحقق فلا يتحقق الالزام في دعوى المجهول بل يحتمل لانا نقول المراد بتحقق الالزام
الذي هو فائدة الدعوى امكان تحققه دون وقوعه بالفعل ولا يلزم من ان لا يتحقق الفائدة في كثير من دعاوى المعلوم ايضا كما اذا عجز المدعى عن البينة ولم يقر
الخصم بما ادعاه بل انكر وحلف اذ حينئذ لا يقع الالزام بالفعل قطعا فان كان اي المدعى عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها اي كلف المدعى عليه احضار العين
المدعاة الى مجلس الحكم ليشير اي المدعى اليها بالدعوى هذا الذي ذكر لفظ القدوري في مختصره قال المص وكذا في الشهادة والاستحلاف يعني اذا شهد الشهود
على العين المدعاة او استحلف المدعى عليه عليها كلف احضارها الى مجلس الحكم ليشير الشهود اليها عند اداء الشهادة وليشير المدعى عليه اليها عند الحلف لان
الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف حتى قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوها حضر القاضي
عندها او بعث امينا كذا في الكافي وغيره ويتعلق بالدعوى اي بالدعوى الصحيحة بمجردها كذا في النهاية ومعراج الدراية وجوب الحضور اي وجوب حضور الخصم
مجلس القاضي وعلى هذه القضاة اي على وجوب حضور الخصم مجالس القاضي بمجرد الدعوى الصحيحة القضاة والاصل فيه قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم
اذا فريق منهم معرضون الى قوله بل اولئك هم الظالمون سماهم ظالمين لاعراضهم عند الطلب من آخرهم اي من آخرهم الى اولهم وقال صاحب النهاية اي
باجمعهم وهذا ايضا صحيح بالنظر الى المال قال تاج الشريعة اي من اولهم الى آخرهم واقتفى اثره صاحب الغاية وهذا بعيد عن عبارة المص كما لا يخفى في كل
عصر فان عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه فعله وعثمان وعلي رضي الله عنهما فعلا ذلك والتابعون بعد الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين فعلوا ذلك
من غير نكير منكر وابن ابي ليلى كان يفعل ذلك لم ينكر عليه ابو حنيفة رحمه الله الى غير ذلك من المجتهدين فحل محل الاجماع ووجوب الجواب عطف على وجوب الحضور
بلا ان اي ويتعلق بالدعوى الصحيحة ايضا وجوب الجواب على المدعى عليه بنعم او بلى ليفيد حضوره اي حضور الخصم فان المقصود من حضوره الجواب ولزوم احضار العين
المدعاة اي ويتعلق بالدعوى الصحيحة ايضا لزوم ان يحضر المدعى عليه العين المدعاة الى مجلس القاضي لما قلنا اشارة الى قوله ليشير اليها بالدعوى واليمين بالجر
عطف على احضار العين المدعاة فالمعنى ويتعلق بالدعوى الصحيحة ايضا لزوم اليمين على المدعى عليه اذا انكره اي اذا انكر المدعى عليه ما ادعاه المدعى وعجز المدعى
عن البينة وسنذكره ان شاء الله تعالى اي وسنذكر لزوم اليمين على المدعى عليه في آخر هذا الباب ان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها هذا لفظ القدوري في مختصره اي وان
لم تكن العين المدعاة حاضرة في يد المدعى عليه بل كانت غائبة لا يدرى مكانها ذكر المدعى قيمة العين المدعاة الغائبة ليصير المدعى معلوما فيصح الدعوى بوقوعها
على معلوم لان العين لا تعرف بالوصف لامكان مشاركة اعيان كثيرة فيه ان بولغ فيه فذكر الوصف لا يفيد والقيمة تعرف به اي القيمة شيء تعرف العين به وقد تتعذر مشاهدة العين جملة حالية
من ضمير القيمة يعرف به اي القيمة شيء تعرف به يعني والحال ان المشاهدة متعذرة فيكون ذكر القيمة اذ ذاك اقصى ما يمكن الاعلام وقد جعل صاحب العناية الجملة المزبورة حالية من قوله لان العين

وقال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة

لا تعرف بالوصف فعليك الاختيار ثم الاختيار وقال الفقيه ابو الليث رح يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة قال صاحب الكافي نقلا عن القاضي فخر الدين وصاحب الذخيرة وان كان العين غائبا وادعى انه في يد المدعى عليه فانكران بين المدعي قيمته وصفته سمع دعواه وتقبل بينته وان لم يبين القيمة وقال غصب مني عين كذا ولا ادري انه هالك ام قائم ولا ادري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب انه يسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف ببيان القيمة لتضرر به انتهى وقال صاحب النهاية والكفاية نقلا عن الامام فخر الاسلام البزدوي اذا كانت المسئلة مختلفا فيها ينبغي للقاضي ان يكلف المدعي بيان القيمة واذا كلفه ولم يبين يسمع دعواه لان الانسان قد لا يعرف قيمة ماله فلو كلفه ببيان القيمة فقد اضر به اذ يتعذر عليه الوصول الى حقه ثم قال واذا سقط بيان القيمة من المدعي سقط من الشهود بالطريق الاولى انتهى وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز بعد نقل ما ذكر في الكافي فاذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود ايضا بل اولى لانهم ابعد عن ممارسته انتهى وقال صاحب الدرر والغرر بعد نقل ما في الكافي اقول فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم اذا انكر والجبر على البيان اذا اقر او نكل عن اليمين فليتامل فان كلام الكافي لا يكون كافيا الا بهذا التحقيق الحمد لله على التوفيق انتهى اقول يرد عليه ان ما ذكره من الفائدة جار في جميع صور دعوى المجهول دينا كان او عينا فيقتضي صحة دعوى المجهول مطلقا مع انهم صرحوا بان من شرائط صحة الدعوى كون المدعى معلوما غير مجهول وان رواية صحة دعوى العين مع جهالة القيمة انما وردت في دعوى العين الغائبة فقط ويمكن ان يقال في دفعه ان مجرد جريان الفائدة المذكورة في جميع صور الدعوى المجهول لا تقتضي صحة دعوى المجهول مطلقا بل لا بد لصحة الدعوى من علة مقتضية لها غير فائدة مترتبة عليها وقد بينوا تحقق العلة المقتضية لصحة الدعوى في صورة دعوى العين الغائبة المجهولة وهي ان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف ببيان القيمة لتضرر به وبقي بيان الفائدة المترتبة فيها فبينها صاحب الدرر والغرر بخلاف سائر صور دعوى المجهول فلم تتحقق فيها علة مقتضية لصحة الدعوى فلا يفيد جريان الفائدة المذكورة فيها ولكن يرد حينئذ ان يقال ان مثل تلك العلة المذكورة تتحقق في غير تلك الصورة ايضا من صور دعوى المجهول كما اذا كان لمورث رجل ديون في ذمم الناس لم يعرف الوارث جنس تلك الديون ولا قدرها او لم يعرف احدهما فلو كلف ذلك الوارث في دعوى تلك الديون على المديون ببيان جنسها وقدرها لتضرر به اذ الانسان ربما لا يعرف قدر مال مورثه ولا جنسه عند كون ذلك المال في يد مورثه فضلا عن ان يعرفهما عند كونه في ذمم الناس فينبغي ان يصح دعوى مثل تلك الديون المجهولة لمثل ما قيل في صحة دعوى الاعيان الغائبة المجهولة مع انه مما لم يقل به احد ثم اقول الظاهر من قولهم واذا سقط بيان القيمة من المدعي سقط من الشهود بالطريق الاولى ان في دعوى العين الغائبة تسمع الدعوى مع جهالة قيمة المدعي وتقبل الشهادة مع جهالة قيمة المشهود به لكنه مشكل جدا فان القاضي بعد ان سمع هذه الدعوى وقبل هذه الشهادة ثم يحكم للمدعي على المدعى عليه والقضاء بالمجهول غير ممكن كما صرحوا به في صدر كتاب الدعوى حيث قالوا ان من شروط صحة الدعوى كون المدعى معلوما وعللوه بعدم امكان القضاء بالمجهول لا يقال القاضي يجبر المدعى عليه ببيان قيمة ما ادعى عليه فيحكم عليه بما بين فلا يكون القضاء بالمجهول لانا نقول الجبر عليه انما يصح لو اقر بما ادعى عليه على الجهالة فان التجهيل حينئذ يصير من جهته حيث اجمل ما اعترف بلزومه عليه فعليه البيان على ما تقرر في كتاب الاقرار واما اذا لم يقر به بل ثبت بالبينة كما فيما نحن فيه فلم يكن التجهيل من جهة المدعى عليه فلم يحمل شيئا فلا وجه لاجباره على البيان بمقتضى قواعد الفقه فبقي الاشكال فان قلت القاضي لا يحكم بقيمة العين الغائبة بل يحكم برد تلك العين نفسها الى صاحبها والجهالة في قيمة تلك العين لا في نفسها فلا يلزم القضاء بالمجهول قلت قد مر في الكتاب ان العين انما تعرف بالقيمة لا بغيرها فالجهالة في قيمة العين جهالة في نفسها وايضا اذا حكم القاضي برد العين الغائبة الى صاحبها فعجز المحكوم عليها عن ردها الى صاحبها ولم يردها عليه او القاضي ان يحكم بعد ذلك بقيمة تلك العين ويعود الاشكال في ان الحكم بها

قال وان ادعى عقارا حدده وذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره فان ذكر ثلثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها

نفس حق المدعي الا بنفس سماع دعواه وقبول بينته فائدة فان قيل الفائدة التي تحصل للحاكم على الخصم ليست من المال بل جبره لاعطاء المدعي الى المدعي ففائدة سماع الدعوى وقبول البينة تحصل قلنا الى ان حبسه بدا الى ان يظهر عجزه عن اداء المدعي بان يمضي على الحبس مدة يعلم بها انه لو تقيت العين المدعاة لاظهرها على ما ذكر في كتاب الغصب لكن حبسه الى مدة يظهر عجزه عن رده الى المدعي ثم تخلى سبيله من غير ان يلزمه الضمان فمثل ذلك لم يعهد في الشرع عند اثبات الحقوق المالية وبالجملة لا يخلو المقام عن كل حال عن ضرب من الاشكال قال اي القدوري في مختصره وان ادعى عقارا حدده اي ذكر المدعي حدوده وذكر انه اي العقار في يد المدعى عليه وانه يطالبه به وذكر ان المدعي يطالب المدعى عليه بالمدعى اقول هكذا وقع وضع هذه المسئلة في عامة معتبرات المتون ولكن فيه قصور اذ المتبادر منه ان ذكر حدود العقار كاف في تعريفه عند الدعوى وليس كذلك اذ قد صرح في معتبرات الفتاوى بل في بعض شروح الهداية ايضا بانه اذا وقعت الدعوى في العقار فلا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار ومن ذكر المحلة ومن ذكر السكة ومن ذكر الحدود وقال في الخلاصة تصح الدعوى اذا بين المصر والمحلة والموضع والحدود وقيل ذكر المحلة والسوق والسكة ليس بلازم وذكر المصر او القرية لازم انتهى وقد صرح في معتبرات الفتاوى ايضا بان الفقهاء اختلفوا في البداية فقال الشيخ الامام الفقيه الحاكم ابو نصر احمد بن محمد السمرقندي في شروطه اذا وقع الدعوى في العقار فلا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار ثم من ذكر المحلة ثم من ذكر السكة فيبدأ اولا بذكر الكورة ثم بالمحلة اختيارا لقول محمد رح فان المذهب عنده ان يبدأ بالاعم ثم ينزل منه الى الاخص وقال ابو زيد البغدادي يبدأ بالاخص ثم بالاعم فيقول دار في سكة كذا في محلة كذا في كورة كذا وقاسه على النسب حيث يقول فلان ثم يقول ابن فلان ثم يذكر الجد فيبدأ بما هو الاقرب ثم يترقى الى الابعد قال في كل واحد من الفصولين بعد ذكر هذا الاختلاف ما قاله محمد بن الحسن احسن لان العام يعرف بالخاص ولا يعرف الخاص بالعام وفصل النسب حجة عليه لان الاسم كجعفر في الدنيا كثير فان عرف والا ترقى الى الاخص فيقول ابن محمد وهذا اخص فان عرف والا ترقى الى الجد انتهى وقال في المحيط اختلف اهل الشروط في البداية بالاعم او بالاخص واهل العلم بالخيار في البداية بايهما شاء انتهى وقال عماد الدين في فصوله قلت اختلافات اهل الشروط انه ينزل من الاعم الى الاخص او من الاخص الى الاعم اجماع منهم على شرطية البيان انتهى فقد تلخص مما ذكرناه كله ان ذكر الحدود ليس بكاف في تعريف العقار بل لا بد ايضا من ذكر البلدة والمحلة وغير ذلك على ما قرر قال المصنف في تعليل لزوم التحديد في دعوى العقار لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل اي نقل العقار فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به اقول لقائل ان يقول ان تعذر النقل لا يقتضي تعذر التعريف بالاشارة لجواز ان يحضر القاضي عند العقار او يبعث امينه اليه فيشير اليه المدعي في محضر القاضي او امينه بعين ما قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه على ما ذكرناه فيما مر ويمكن ان يدفع بان المنقولات التي يتعذر نقلها نادرة فالتزم فيها حضور القاضي او امينه عندها لعدم تاديه الى الحرج بخلاف العقارات فانها كثيرة فلو كلف القاضي بحضوره عندها او بعث امينه اليها لادى الى الحرج فافترقا ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة رح على ما عرف هو الصحيح احتراز عما روي عنهما ان ذكر الاب يكفي ولو كان الرجل مشهورا مثل ابي حنيفة رح وابن ابي ليلى يكتفى بذكره يعني لا حاجة الى ذكر الاب والجد عند حصول التعريف بالاسم بلا ذكر النسب في الدار لا بد من التحديد وان كانت مشهورة عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يشترط لان الشهرة مغنية عنه ولان قدرها لا يصير معلوما الا بالتحديد كذا في الكافي وغيره فان ذكر ثلثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر رح لوجود الاكثر دليل لنا يعني ان اقامة الاكثر مقام الكل اصل في الشرع فيعمل به ههنا ايضا بخلاف ما اذا غلط في الرابعة اي في الحد الرابع واشار المصنف باعتبار الجهة يعني اذا ذكر الحدود الثلثة وسكت عن الرابع جاز عندنا خلافا لزفر رح واما اذا ذكر الحد الرابع ايضا وغلط فيه فلا يجوز باتفاق بيننا وبين زفر رح لانه يختلف به اي بالغلط المدعى ولا كذلك بتركها ونظيره

وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه في يد المدعى عليه لابد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه في يده بل لا يثبت اليد فيه الا بالبينة او علم القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله وانه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه

ما اذا شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز ولو غلطا في الثمن لا يجوز شهادتهم لانه صار عقدا آخر بالغلط وبهذا الفرق ابطل قياس زفر رح الترك على الغلط وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة فيجري في الثانية ما يجري في الاولى وقوله في الكتاب اي قول القدوري في مختصره وذكر انه يعني العقار في يد المدعى عليه لابد منه لانه اي المدعى عليه انما ينتصب خصما اي في دعوى العين اذا كانت في يده اي اذا كان المدعي في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه اي العقار في يده بل لا يثبت اليد فيه الا بالبينة بان يشهد الشهود انهم عاينوا ان ذلك العقار المدعى في يد المدعى عليه حتى لو قالوا سمعنا اقرار المدعى عليه بانه في يده لم تقبل شهادتهم وكذا الحال في غير هذه الصورة وقد لا يفرق الشهود بين الامرين فلا بد ان يسألهم القاضي اعن معاينة تشهدون ام عن سماع كذا ذكر في معتبرات الفتاوى او علم القاضي عطف على البينة اي او يعلم القاضي ان ذلك العقار المدعى في يد المدعى عليه هو الصحيح احتراز عن قول بعض المشائخ فان عندهم يكفي تصديق المدعى عليه انه في يده وانما لا يثبت اليد في العقار الا بالبينة او علم القاضي على القول الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه اي لعله في يد غيرهما اي غير المدعي والمدعى عليه قال صاحب النهاية اي يحتمل انهما تواضعا على ان تصدق المدعى عليه المدعي بان العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه حتى يتصرف المدعي فيه وهو في الواقع في يد الثالث فكان في ذلك قضاء بالتصرف في مال الغير ويؤدي ذلك الى نقض القضاء عند ظهوره انه في يد الثالث انتهى كلامه وقد اقتفى اثره في شرح هذا المقام بهذا المعنى صاحب معراج الدراية ثم صاحب الغاية ثم الشارح العيني اقول هذا خبط عظيم منهم اما اولا فلان المدعى عليه في الصورة المزبورة لا يدعي على احد شيئا بل يصدق المدعي في قوله ان العقار في يد المدعى عليه ولا شك ان تصديق الآخر ليس بدعوى عليه فكيف يتصور هناك من القاضي الحكم باليد للمدعى عليه والحكم بحقوق العباد يقتضي سابقة الدعوى واما ثانيا فلان الحكم من القاضي لا يصح الا بحجة من البينة او الاقرار وقد انتفت تقيسهما في تلك الصورة اما انتفاء البينة فلان المفروض ان لا تقوم بينة على ثبوت اليد للمدعى عليه واما انتفاء الاقرار فلان الاقرار هو الاخبار بحق الغير على نفسه ولا يخفى ان هذا المعنى غير متصور من المدعى عليه ولا من المدعي بالنسبة الى حق اليد في تلك الصورة فاذا لم يتحقق الحجة اصلا لثبوت اليد للمدعى عليه في تلك الصورة لم يصح الحكم من القاضي باليد للمدعى عليه هناك فبطل قولهم ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه الخ والصواب ان مراد المصنف ههنا هو ان العقار قد يكون في يد غيرهما وهما تواضعا على ان يصدق المدعى عليه المدعي في ان ذلك العقار في يد المدعى عليه فيقيم المدعي البينة على المدعى عليه بان ذلك العقار له ليحكم القاضي للمدعي بكونه له فيصير هذا قضاء له بمال الغير الذي كان ذلك العقار في يده في الواقع ويفضي ذلك الى نقض القضاء عند ظهوره في يد ذلك الغير ولقد افصح الامام قاضيخان في فتاواه عن هذا حيث قال وذكر الخصاف عن اصحابنا ان رجلا لو اقام البينة على رجل ان في يده الدار التي حدها كذا وبين حدودها فان القاضي لا يسمع دعواه ولا يقبل بينة على الملك ما لم يقم البينة ان الدار في يد المدعى عليه ثم يقيم البينة انها له لتوهم انهما تواضعا في محدود في يد ثالث على ان يدعيه احدهما فيقول الآخر بانها في يده ويقيم المدعي بينة على انها له والدار في يد غيرهما وهذا باطل لان هذا قضاء على المسخر انتهى بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة فلا مجال للمواضعة المذكورة وقوله اي قول القدوري في مختصره وانه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه قال صاحب العناية في عبارته تسامح لانه يؤول الى تقدير فلا بد من طلب المطالبة فتامل ويمكن ان يجاب عنه بان المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقه فلا بد من طلبه انتهى كلامه اقول كل من ايراده وجوابه ساقط اما سقوط الاول فلان الضمير في طلبه ليس براجع الى حقه كما توهمه بل هو راجع الى ما يرجع اليه ضمير حقه وهو المدعي فالمعنى المطالبة حق المدعي فلا بد من طلب المدعي حتى يجب على القاضي اعانته فلا مسامحة اصلا واما سقوط الثاني فمن وجهين الاول ان المطالبة من طالبه بكذا فالمطالب المفعول ههنا هو المدعى عليه والذي دخل عليه الباء هو المدعى فلو كان المعنى المطالب حق المدعي صار المعنى المدعى عليه حق المدعي ولا خفاء في فساده والثاني ان المدعي ايضا ليس بحق المدعي البتة بل ان ثبت دعوى المدعي

ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا بالثمن

يكون المدعى حقه والا فلا ففي ابتداء الامر من اين ثبت انه حقه حتى يتم ان يقال هو حقه فلا بد من طلبه اللهم الا ان يقال انه حقه في ابتداء الامر ايضا على زعمه لكنه يحتاج حينئذ الى تقدير قيد على زعمه كما يحتاج الى حمل المصدر بمعنى المفعول ولا يخفى ان شان المصنف بمعزل عن مثل هذا التعسف وقال بعض الفضلاء ولا بعد ان يكون المطالبة اسم مفعول والتانيث بتاويل الامر ونحوها انتهى اقول هذا بعيد عن الحق وابعد مما قاله صاحب العناية في جوابه اما الاول فلما ذكرناه في سقوط جوابه صاحب العناية من الوجهين واما الثاني فلان مقتضاه التعبير عن كل مطلوب بصيغة التانيث وتاويل كل مطلوب مذكر بمونث وهذا مما لا تقبله الفطرة السليمة بخلاف ما قال صاحب العناية ولانه يحتمل ان يكون اي المدعى مرهونا في يده اي في يد المدعى عليه او محبوسا بالثمن في يده فلا يصح الدعوى قبل اداء الدين او قبل اداء الثمن وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال اذ لو كان مرهونا او محبوسا بالثمن لما طالب بالانتزاع من ذي اليد قبل اداء الدين او الثمن وعن هذا اي بسبب هذا الاحتمال قالوا اي المشايخ في المنقول اي في دعوى المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق اي يجب ان يقول المدعى هذا الشيء الذي ادعيه في يد المدعى عليه بغير حق ازالة لهذا الاحتمال فان العين محبوسة بيد ذي اليد في تينك الصورتين بحق اقول يرد عليه انه كان ذكر المطالبة مما لا بد منه في دعوى المنقول ايضا فقد حصل زوال الاحتمال المذكور فيها بذكر المطالبة كما في دعوى العقار فينبغي ان لا يجب زيادة بغير حق في دعوى المنقول كما لا يجب في دعوى العقار وان لم يكن ذكر المطالبة مما لا بد منه في دعوى المنقول يكون الدليل الذي ذكره المصنف في وجوب ذكر المطالبة في دعوى العقار ودعوى الدين وهو قوله لان الدين وهو لان المطالبة حق المدعى فلا بد من طلبه منقوضا بصورة دعوى المنقول ويمكن ان يجاب عنه بنوع بسط في الكلام وتحقيق في المقام وهو ان ذكر المطالبة مما لا بد منه في دعوى المنقول ايضا على ما يقتضيه الدليل الذي ذكره المصنف في دعوى العقار وفي دعوى الدين لكن لا يجب ذكرها قبل احضار المدعى عليه المنقول الى مجلس القاضي بل انما يجب ذكرها بعد احضاره اليه لان اعلام المدعى باقصى ما يمكن شرط وذلك في المنقول لا يكون الا بالاشارة كما مر فما لم يحضر المنقول الى مجلس القاضي لم تحصل الاشارة اليه وما لم تحصل الاشارة اليه لم يصر معلوما بما يجب اعلامه به وما لم يصر معلوما بهذا لم تتحقق الفائدة في ذكر المطالبة به يرشد اليه قول المصنف فيما سياتي لان صاحب النهاية قد حضر فلم يبق الا المطالبة حيث يشير الى انه ما بقي شيء يتعلق بتمام الدعوى لم يجب ذكر المطالبة ولا شك ان احضار المنقول الى مجلس القاضي مما يتعلق به تمام الدعوى فلم يجب قبله على المدعى ذكر المطالبة فلما لم يجب قبله عليه ذكرها وجب عليه اذ ذاك ان يقول في يده بغير حق ازالة للاحتمال المذكور حتى يجب على المدعى عليه احضار المدعى المنقول الى مجلس القاضي ويصح للقاضي تكليفه باحضاره اليه والحاصل ان الاحتياج الى زيادة قيد بغير حق في دعوى المنقول لاجل ان يجب على المدعى عليه احضار المدعى الى مجلس الحكم ووجوب احضار المدعى الى مجلس القاضي مختص بدعوى المنقول كما مر في الكتاب فوجب زيادة القيد المذكور في دعوى المنقول دون غيرها ثم انه بالقيد المذكور في دعوى المنقول قبل احضار المدعى عليه المدعى الى مجلس القاضي وزال الاحتمال المذكور به لم يبق لذكر المطالبة فيها بعد احضاره اليه الا علة واحدة وهي ان المطالبة حقه فلا بد من ذكره كما هي العلة فقط في دعوى الدين بخلاف دعوى العقار فان لذكر المطالبة فيها علتين كما ذكرهما المصنف وبهذا البسط والتحقيق تبين اعتراض صدر الشريعة على القوم حيث قال في شرحه للوقاية اقول هذه العلة تشمل العقار ايضا فلا ادري ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم انتهى ثم ان ههنا كلمات اخرى للفضلاء المتاخرين فلا علينا ان ننقلها ونتكلم عليها فاعلم ان صاحب الدرر والغرر اجاب عن اعتراض صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال ان درايته وجهه موقوف على مقدمتين مسلمتين احدهما ان دعوى الاعيان لا تصح الا على ذي اليد كما قال في الهداية انما ينتصب خصما اذا كان في يده والثانية ان الشبهة معتبرة يجب دفعها لا شبهة الشبهة كما قالوا ان شبهة الربوا الملحقة بالحقيقة لا شبهة الشبهة اذا عرفتهما فاعلم ان في ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد بخلاف المنقول فانه فيه مشاهد فوجب دفعها في دعوى العقار باثباته بالبينة لتصح الدعوى بعد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك شبهة الشبهة فلا تعتبر

في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال وعن هذا قالوا في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق

واما اليد في المنقول فلكونه مشاهدا لا يحتاج الى اثباته لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها ليصح الدعوى انتهى ورد عليه هذا الجواب بعضهم بانه قد صرح في الهداية والشروح بانه لا بد من المطالبة في العقار ايضا ليزول احتمال كونه مرهونا او محبوسا بالثمن ويعلم من هذا انهم اعتبروا ذلك الاحتمال فوجبوا دفعه في العقار ايضا وهذا ليس من شبهة الشبهة التي لم يعتبروها كما لا يخفى على المتدبر فتدبر انتهى وقال بعض الفضلاء وان اردت تحقيق المقام وتلخيص الكلام فاستمع لما يتلى عليك مستغنيا بالملك العلام ومستمدا من ولي الفيض والالهام فاقول لا شك ان في العقار شبهة في ثبوت اليد على المدعى ثم شبهة في كونها لغير حق وان الثانية شبهة الشبهة وذلك ظاهر لمن تتبع اقاويلهم وان شبهة الشبهة غير معتبرة الا اذا اندفعت الشبهة فان شبهة الشبهة ح تكون معتبرة الا يرى انهم اذا شهدوا على رجل بالزنا بامرأة غائبة فانه يحد لان الذي فيه هو شبهة دعوى النكاح اذا حضرت ثم شبهة صدقها في تلك الدعوى فلا تعتبر لكونها شبهة الشبهة واما اذا حضرت قبل الاستيفاء وادعت النكاح لا يحد الرجل لاعتبار الشبهة الصدق اذا تحققت هذه المقدمات فنقول لو اتى مدعي العقار بهذه الزيادة وقال هو في يده بغير حق وقد قرع سمعك من علماء العربية انه اذا كان في كلام مثبت او منفي تقييد بوجه من الوجوه فمناط الافادة هو ذلك القيد يلزم عكس المقصود وهو الاهتمام بدفع شبهة الشبهة مع بقاء الشبهة بحالها فاحالوا دفعها الى كلام مستقل متاخر بحسب الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعي اطالبه فان في تلك المرتبة اندفعت الشبهة بطريقها وبقيت شبهة الشبهة معتبرة بخلاف المنقول فان ثبوت اليد فيه مشاهد لا شبهة فيه فاوجبوا تلك الزيادة ليندفع شبهة كون اليد بحق اونقول لو زاد المدعي قوله بغير حق في دعوى العقار وهو متعلق بالكلام الاول ومن جملته ولم يندفع في تلك الحالة شبهة كونه في يد غيره يلزم اعتبار شبهة الشبهة والمطالبة متاخرة مرتبة عن ثبوت اليد فلا يلزم من اندفاعها به محذور كما نبه عليه بخلاف المنقول فانه ليس فيه شبهة كونه في يد غيره فاغتنم به فانه هو الكلام الفصل والقول الجزل ثم اعلم ان المطالبة في المنقول كالمطالبة في الدين ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار الى هنا كلامه واقول ما ذكره ذلك الفاضل ههنا وسماه بالتحقيق مما لا يجدي طائلا وما هو بذلك التلقيب بتحقيق اما اولا فلان خلاصة كلامه هي ان مدعي العقار لو اتى بتلك الزيادة وجعلها قيدا للكلام الاول وقصد بها دفع شبهة كون اليد بحق لزم اعتبار شبهة الشبهة والاهتمام بدفعها مع بقاء الشبهة وهي شبهة كونه في يد الغير بحالها اذ لم تندفع هذه الشبهة قبل ثبوت اليد وقد تقرر عندهم ان شبهة الشبهة غير معتبرة قبل اندفاع الشبهة فاحالوا دفع شبهة الشبهة الى كلام مستقل متاخر في الرتبة عن ثبوت اليد وهو قول المدعي اطالبه فان في تلك المرتبة اندفعت الشبهة وبقيت شبهة الشبهة معتبرة بخلاف المنقول فان ثبوت اليد فيه مشاهد فليس فيه شبهة كونه في يد غيره فاوجبوا تلك الزيادة ليندفع بها شبهة كون اليد بحق لكنها ليست بتامة لان الحاصل منها ان لا يصح الاتيان بتلك الزيادة في دعوى العقار على ان تجعل تلك الزيادة قيدا للكلام الاول وهذا لا ينافي صحة الاتيان بها على ان تجعل كلاما مستقلا بان يقول المدعي انه في يده وان يده بغير حق فان الزيادة حينئذ تصير كلاما مستقلا كما ترى ويصير متاخرا في الرتبة عن ثبوت اليد كقوله اطالبه لانه كما ان حق ذكر المطالبة ان يكون بعد ثبوت اليد كذلك حق ذكر ان يده بغير حق بعد ثبوتها اذ قبل ثبوت اليد كما لا فائدة في المطالبة لا فائدة ايضا في بيان ان يده بغير حق وهذا مما لا سترة به فلم يظهر وجه عدم الزيادة مطلقا في دعوى المنقول وبالجملة ان ما ذكره وجه لفظي مخصوص بصورة كون الزيادة قيدا للكلام الاول لا وجه فقهي عام لجميع صور الزيادة فلا يتم التقريب قطعا واما ثانيا فلانه ح يبقى الاشكال في المقام بان شبهة كون اليد بحق يندفع في دعوى المنقول ايضا بالمطالبة فينبغي ان يذكر الزيادة المذكورة في دعوى المنقول كما تركت في دعوى العقار ولا ينحل هذا الاشكال بما ذكره بقوله ثم اعلم ان المطالبة في المنقول كالمطالبة في الديون ليس لدفع الاحتمال بل ذلك مخصوص بالعقار انتهى لان دفع الاحتمال المذكور يحصل قطعا من ذكر المطالبة في المنقول ايضا

قال وان كان حقا في الذمة ذكر انه يطالبه به لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف لانه يعرف به قال واذا صحت الدعوى سأل القاضي المدعى عليه عنها لينكشف وجه الحكم فان اعترف قضى عليه بها لان الاقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه وان انكر سأل المدعي البينة لقوله عليه السلام الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف قال وان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقه الا ترى انه كيف اضيف اليه بحرف اللام فلا بد من طلبه

فلا يندفع ان لا تقصد بها وقع ذلك الاحتمال في المنقول استدراك الزيادة المذكورة فيه واما ما قدمناه من التحقيق فيندفع به هذا الاشكال كما يندفع به اعتراض صدر الشريعة كما تحققته من قبل الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا ان هدانا الله قال اي القدوري في مختصره وان كان حقا في الذمة اي وان كان المدعى حقا ثابتا في الذمة يعني ان كان دينا لا عينا ذكر انه يطالبه به يعني ذكر انه يطالبه به من غير ان يشترط فيه ما يشترط في العين على ما فصل فيما مر لما قلنا تعليل لمجرد ذكر المطالبة فيه واشارة الى قوله لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه وهذا اي الاكتفاء فيه بذكر المطالبة لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه اي تعريف ما في الذمة وهو الدين بالوصف اي بالصفة فالمعنى لكن لا بد من تعريفه بالوصف كما لا بد من تعريفه بالجنس والقدر على ما عرف فيما مر من قول القدوري ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره لانه يعرف به اي لان ما في الذمة يعرف بالوصف اي الصفة بان يقال انه جيد او وسط او رديء بعد ان يذكر جنسه وقدره ولكن انما يحتاج الى ذكر الصفة فيما اذا كان المدعى دينا وزنيا ان كان في البلد نقود مختلفة اما اذا كان في البلد نقد واحد فلا يحتاج الى ذلك كما ذكر في الشروح ومعتبرات الفتاوى وهذا كله على تقدير ان يكون مراد المصنف بالوصف ههنا معنى الصفة كما هو الظاهر من حيث اللفظ لكن الاظهر من حيث معنى المقام ان يكون مراده به معنى البيان فالمعنى لكن لا بد من تعريف ما في الذمة ايضا بالبيان اي ببيان ما يحتاج الى ما ذكره من جنسه وقدره مطلقا ومن نوعه وصفته في بعض الصور على ما فصل في النهاية والكفاية نقلا عن الذخيرة وفصول الاستروشني وبالجملة لا بد في جنس من الاعلام باقصى ما يمكن به التعريف قال اي القدوري في مختصره واذا صحت الدعوى اي واذا صحت الدعوى لشروطها سأل اي القاضي المدعى عليه عنها اي عن الدعوى لينكشف وجه الحكم اي لينكشف القاضي وجه الحكم اي طريقه ان ثبت حق المدعي فان الحكم منه يكون باحد امور ثلاثة البينة والاقرار والنكول ولكل واحد منها طريق مخصوص من القضاء فلا بد من السؤال لينكشف له طريق حكمه فان اعترف قضى عليه بها اي فان اعترف المدعى عليه قضى القاضي عليه بالدعوى بمعنى المدعى او بموجب الدعوى ثم ان اطلاق لفظ القضاء ههنا توسع لان الاقرار حجة بنفسه فلا يتوقف على القضاء فكان الحكم من القاضي الزاما للخروج عن موجب ما اقر به بخلاف البينة لانها انما تصير حجة باتصال القضاء بها فان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب وقد جعلها القاضي حجة بالقضاء بها واسقط جانب احتمال الكذب في حق العمل بها كذا في الشروح وغيرها وقد اشار اليه المصنف بقوله لان الاقرار موجب بنفسه فيأمره اي يأمر القاضي المدعى عليه بالخروج عنه اي عما يوجبه الاقرار وان انكر اي المدعى عليه سأل المدعي البينة اي طلب القاضي من المدعي البينة لقوله اي لقول النبي عليه الصلوة والسلام للمدعي الك بينة فقال لا اي قال المدعي لا بينة لي فقال اي قال النبي صلى الله عليه وسلم لك يمينه اي يمين المدعى عليه سأل اي سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم المدعي عن البينة ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال اي فلا بد للقاضي من السؤال عن البينة ليمكنه الاستحلاف اي ليمكن القاضي استحلاف المدعى عليه عند فقد البينة قال اي القدوري في مختصره فان احضرها اي فان احضر المدعي البينة على وفق دعواه قضى بها اي قضى القاضي بالبينة لانتفاء التهمة عنها اي عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب بالبينة وهي اي البينة فعيلة من البيان لانها والله اعلم واضحة ليظهر به الحق من الباطل وقيل فعيلة من البين اذ بها يقع الفصل بين الصادق والكاذب كذا في الكافي وان عجز عن ذلك اي وان عجز المدعي عن احضار البينة وطلب يمين خصمه وهو المدعى عليه استحلفه عليها اي استحلف القاضي خصمه على دعواه لما رويناه اشارة الى قول النبي صلى الله عليه وسلم لك يمينه بعد ان قال المدعي لا ولا بد من طلبه اي من طلب المدعي استحلاف خصمه لان اليمين حقه اي حق المدعي الا ترى كيف اضيف اليه بحرف اللام اي كيف اضيف اليمين الى المدعي بحرف اللام في قوله صلى الله عليه وسلم لك يمينه والاضافة اليه بحرف اللام المقتضية للاختصاص تنصيص على ان اليمين حقه وانما قال المصنف اضيف بتذكير الفعل مع كونه مسندا الى ضمير اليمين التي هي مؤنثة على تاويل القسم او الحلف قال صاحب الكافي والفقه فيه اي في كون اليمين حق المدعي ان المدعي يزعم انه توى حقه بانكاره فشرع الاستحلاف

باب اليمين

حتى لو كان الامر كما زعم يكون اثره بمقابلة اثره فان اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع ولا ينال المدعى عليه الثواب بذكر الله تعالى على سبيل التعظيم صادقا فاثر الاثر بوجه انتهى وقال صاحب النهاية بعد ذكر ما في الكافي ثم انما رتب اليمين على البينة لا على العكس لان نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعي للمدعى لاحتمال اسناد الظن بالآخر وذلك لا يجوز فوجب اولا البينة على المدعي لاثبات استحقاقه بها فيطالبه القاضي بذلك لا على وجه الالزام عليه بل على وجه التذكير له فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعي عليه اذ اقامة البينة مشروعة بعد اليمين فلو حلفناه اولا ثم اقام المدعي عليه البينة افتضح المدعى عليه باليمين الكاذبة انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر وبين وجه النظر فيما نقل عنه حيث قال وجه ذلك ان الشرع لو ورد بتقديم اليمين لما كان اقامة البينة بعد ذلك مشروعة كما اذا اقام البينة فان اليمين بعدها ليست بمشروعة انتهى وقال بعض الفضلاء قوله لما كان اقامة البينة بعد ذلك مشروعة فيه بحث بل يكون مشروعية البينة اذا عجز عن اليمين بان نكل فليتامل انتهى اقول بحثه هذا ليس بشيء لان مراد صاحب العناية بقوله المذكور لما كان اقامة البينة بعد تحقق اليمين وصدوره من المدعى عليه مشروعة يرشد اليه قطعا قوله كما اذا اقام البينة فان اليمين بعدها ليست بمشروعة ومراد صاحب النهاية ايضا بقوله اذ اقامة البينة مشروعة بعد اليمين مشروعية اقامة البينة بعد تحقق اليمين وصدوره من المدعى عليه لان افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة انما يلزم في هذه الصورة فاحتمال كون مشروعية البينة اذا عجز المدعى عليه عن اليمين بان نكل لا يفيد في دفع نظر صاحب العناية عما قاله صاحب النهاية على ان هذا الاحتمال ليس بصحيح في نفسه لان النكول عن اليمين ليس لعجز عنها اذ هو حالة اختيارية دالة على صدق المدعي بخلاف العجز عن البينة على ما لا يخفى ثم اقول بقي نظر آخر في كلام صاحب النهاية وهو ان مشروعية اقامة البينة بعد اليمين تقتضي ان لا يكون افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة محذورا شرعيا لان اقامة البينة بعد اليمين تستلزم الافتضاح المزبور ومشروعية اقامتها بعد اليمين تقتضي حسنها فان كل ما هو مشروع فهو حسن عندنا والظاهر ان ما يستلزمه الحسن الشرعي فهو حسن شرعي ايضا فلا يصير الافتضاح المزبور محذورا شرعيا فلا يتم التقريب فتامل

باب اليمين قال صاحب النهاية وهذا الترتيب من الترتيب الوجودي لما ان مشروعية اليمين بعد العجز عن اقامة البينة فلما ذكر حكم البينة وما يتعلق به ذكر في هذا الباب حكم اليمين انتهى اقول فيه شيء وهو ان كون مشروعية اليمين بعد العجز عن اقامة البينة لا يجري على قول ابي يوسف رح وعلى قول محمد رح في رواية كما سيظهر في صدر هذا الباب فلم يكن ما ذكره وجها جامعا للاقوال ايضا على انه لما ذكر فيما تقدم حال البينة اجمالا ذكر فيه ايضا حال اليمين اجمالا فهما مشتركان في الذكر الاجمالي فيما قبل هذا الباب واما تفاصيل احكام البينات فتذكر فيما بعد هذا الباب كما تذكر تفاصيل احكام اليمين في هذا الباب فلم يظهر كون ترتيب الكتاب على الترتيب الوجودي فالاولى ما قاله صاحب العناية من انه لما ذكر ان الخصم اذا انكر الدعوى وعجز المدعي عن اقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه ان يحلف اراد ان يبين الاحكام المتعلقة باليمين انتهى وقال صاحب غاية البيان اقول ما كان يحتاج ههنا الى الفصل بالباب بل كان ينبغي ان يسوق الكلام متواليا لانه لما ذكر صحة الدعوى ترتب عليها الحكم بالاقرار والبينة واليمين انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل ما في غاية البيان قلت الذي رتبه المصنف هو الاصل لانه لما كانت اليمين مشروعة بعد فقد البينة تعين ذكرها بعدها باحكامها وسائر انتهى اقول هذا الكلام منه في معرض التعليل مما تقدم من العجائب لان ما استقبحه صاحب غاية البيان انما هو الفصل بالباب لا ذكر اليمين بعد البينة كيف وهو قال بل كان ينبغي ان يسوق الكلام متواليا فما ذكره الشارح العيني مما لا مساس له بدفع ما استقبحه صاحب الغاية وكانه ما فهم معنى صريح كلامه ثم اقول في دفع ذلك ان افراد بعض المسائل من بين اخواتها بوضع باب مستقل لها او كتاب او فصل لكثرة مباحثها واحكامها او لتعلق غرض آخر باستقلالها كافراد الطهارة من بين

واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة رح معناه حاضرة في المصر وقال ابو يوسف رح يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة رح ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس

سائر شروح الصلوة لم يضع كتاب مستقل لها وغيرها مما له باب مستقل او فصل مستقل شائع ذائع فيما بينهم وهذا الباب ايضا من ذلك القبيل ولهذا ترى النقاد من اصحاب الكتب المعتبرة من الفتاوى وغيرها جردوا على افراد مسائل اليمين بباب او فصل مستقل فليس ما صنعه المصنف ههنا بمحل استغراب ولا استبعاد كما لا يخفى

واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة رح هذا لفظ القدوري قال المصنف معناه حاضرة في المصر اي معنى قول القدوري اذا قال المدعي لي بينة اذا قال لي بينة حاضرة في المصر واحترز بهذا القيد عن البينة الحاضرة في مجلس الحكم فان البينة اذا حضرت في مجلس الحكم لم يستحلف بالاتفاق كما اشار اليه المصنف رح بقوله فيما سياتي كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس ثم احترز بقوله حاضرة عن البينة الغائبة عن المصر فانها اذا غابت عن المصر يستحلف بالاتفاق ثم ان الظاهر كان ان يقرن المصنف قوله معناه حاضرة في المصر بذكر قول القدوري اذا قال المدعي لي بينة حاضرة وقد اخر عن ذكر قوله وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة رح فلعل وجهه امران احدهما ان المصنف استقبح قطع كلام القدوري بكلام نفسه فانتظر الى ان يتم جواب مسألة القدوري ثم فسر مراده بالحضور في المصر وثانيهما ان فائدة هذا التفسير الاحتراز عن الحضور في المجلس حيث كان عدم الاستحلاف هناك بالاتفاق وفي ما نحن فيه بالاختلاف فما لم يذكر القول المشعر بالخلاف في مسألتنا وهو قول القدوري لم يستحلف عند ابي حنيفة رح لم يظهر فائدة هذا التفسير فاقتضى هذا السر تاخير المصنف قوله المزبور عن ذكر قول القدوري لم يستحلف عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يستحلف لان اليمين حقه اي حق المدعي بالحديث المعروف فسر عامة الشراح الحديث المعروف بما مر في اول هذا الباب من قول النبي صلى الله عليه وسلم لك يمينه ولكن قال صاحب غاية البيان بعد ما فسر مراد المصنف بالحديث المعروف بما فسر به سائر الشراح ويجوز ان يريد به قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر اقول لا يذهب على من تتبع اساليب تحرير المصنف في كتابه هذا انه يعبر عن الحديث الذي ذكره فيما قبل بما روينا كما يعبر عن الآية التي ذكرها فيما قبل بما تلونا وعن الدليل العقلي الذي ذكره فيما قبل بما ذكرنا فلو كان مراده بالحديث المعروف ما ذكره فيما قبل من قوله عليه الصلوة والسلام لك يمينه لما عدل عن اسلوبه المقرر الا يرى كيف جرى على الاسلوب في ذكر دليل ابي حنيفة رح حيث قال ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة بما روينا مريدا به الحديث المذكور فيما قبل فالحق ان مراده بالحديث المعروف انما هو قول النبي صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر اي ما جوزه صاحب الغاية لا غير ويؤيده تحرير صاحب الكافي ههنا حيث قال وقال ابو يوسف رح يستحلف لعموم قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر انتهى فان قلت الذي حمل الشراح على تفسيرهم الحديث المعروف بما ذكر قول المصنف لان اليمين حقه فان كون اليمين حق المدعي تفهم من قوله عليه الصلوة والسلام لك يمينه حيث اضاف اليه اليمين بلام الملك او الاختصاص قلت نعم ولكن يفهم ذلك ايضا من قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر فان كلمة على في قوله على من انكر تدل على ان المنكر هو المستحق عليه باليمين فالمستحق له هو المدعي نعم انفهامه من الاول اظهر لكن لا يوجب حمل كلام المصنف رح على خلاف ما جرت عليه عادته المطردة فاذا طالبه به يجيبه اي اذا طالب المدعي المدعى عليه باليمين يجيب القاضي المدعي اي يحكم له بيمين المدعى عليه او يجيب المدعى عليه المدعي اي يحلف ولابي حنيفة رح ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة بما روينا من قوله عليه الصلوة والسلام للمدعي لك بينة فقال لا فقال لك يمينه فانه ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة فلا يكون حقه دونه اي لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عن اقامة البينة اي بغير العجز عنها اقول لقائل ان يقول ان كون ثبوت الحق في اليمين مرتبا على العجز عن اقامة البينة فيما رواه من الحديث الشريف لا يدل على ان لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عنها الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا فكيف يتم الاستدلال به في مقابلة عموم الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس اي في مجلس الحكم حيث لا يثبت

ومحمد رح مع ابي يوسف رح فيما ذكره الخصاف ومع ابي حنيفة رح فيما ذكره الطحاوي **قال** ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي رح

حق اليمين هناك فكذا ههنا والجامع القدرة على اقامة البينة اقول لابي يوسف رح ان يفرق بين الصورتين بان يقول اذا لم تكن البينة حاضرة في مجلس الحكم فللمدعي غرض صحيح في الاستحلاف وهو ان يقصر المسافة والمؤنة عليه باقرار المدعى عليه او بنكوله عن اليمين فيتوصل الى حقه في الحال فكان له حق اليمين بخلاف ما اذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم فان هذا الغرض اعني قصر المسافة والمؤنة عليه والتوصل الى حقه في الحال يحصل باقامة البينة في الحال فلم يبق له غرض صحيح في الاستحلاف قبل اقامتها فلم يكن له حق اليمين قبلها فلم يتم الاستدلال على قول ابي حنيفة رح ههنا بطريق القياس ايضا كما يشعر به كلام المصنف ومحمد رح مع ابي يوسف رح فيما ذكره الخصاف ومع ابي حنيفة رح فيما ذكره الطحاوي قال صاحب غاية البيان وهذه رواية عجيبة لان الشيخ ابا جعفر الطحاوي قال في مختصره ومن ادعى على رجل ما لا ذكره وطلب من القاضي استحلافه له على ذلك بعد انكار المدعى عليه عند القاضي ما ادعاه المدعي فان ابا حنيفة رح قد روي عنه في ذلك ان القاضي لا يستحلف له المدعى عليه ان ذكر المدعي ان له على دعواه بينة حاضرة ولم نجد هذه الرواية عن محمد رح وقال ابو يوسف رح يستحلف له على ذلك ولا يمنعه من استحلافه له ذكره ان له بينة حاضرة تشهد له على دعواه الى هنا لفظ الطحاوي في مختصره وقد انكر الرواية عن محمد رح اصلا كما ترى ومع هذا كيف يدعي صاحب الهداية ان محمدا رح مع ابي حنيفة رحمه الله فيما ذكر الطحاوي الا ترى ان القدوري قال في كتاب التقريب قال الطحاوي لم توجد هذه الرواية عن محمد رح انتهى كلام صاحب الغاية وقال الشارح العيني بعد ان ذكر انكار صاحب الغاية على المصنف في جعله محمدا رح مع ابي حنيفة رح فيما ذكر الطحاوي وبعد ان نقل ما قاله صاحب الغاية اجمالا قلت لا وجه لهذا الانكار لان عدم وقوف الطحاوي على ان محمدا رح مع ابي حنيفة رح لا يستلزم عدم وقوف غيره من المصنف وغيره انتهى اقول هذا الكلام منه عجيب لان الذي انكر فيه صاحب الغاية على المصنف انما هو اسناد المصنف رواية كون محمد رح مع ابي حنيفة رح الى الطحاوي بناء على ان الطحاوي قد انكر هذه الرواية عن محمد رح بالكلية في مختصره فكيف يصح ان يسندها المصنف اليه وليس الذي انكر فيه صاحب الغاية على المصنف صحة هذه الرواية عن محمد رح في اصلها حتى يمشي ما قاله العيني من ان عدم وقوف الطحاوي على هذه الرواية لا يستلزم عدم وقوف غيره عليها وكون محل انكار صاحب الغاية ما ذكرناه مما ينادي عليه الفاظ تحريره فكيف خفي على الشارح العيني قال اي القدوري في مختصره ولا يرد اليمين على المدعي لقوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر وجه الاستدلال به ما اشار اليه المصنف بقوله قسم اي قسم النبي صلى الله عليه وسلم بين الخصمين حيث جعل البينة على المدعي واليمين على من انكر والقسمة تنافي الشركة لان الشركة تقتضي عدم التمييز والقسمة تقتضي التمييز وهما متنافيان وبقوله وجعل جنس الايمان على المنكرين اذ الالف واللام لاستغراق الجنس بناء على ما تقرر في كتب الاصول ان لام التعريف يحمل على الاستغراق ويقدم على تعريف الحقيقة اذا لم يكن هناك معهود وههنا كذلك وليس وراء الجنس شيء اي شيء من افراد ذلك الجنس فيكون المعنى ان جميع الايمان على المنكرين فلو رد اليمين على المدعي لزم المخالفة لهذا النص فقد حصل من كلام المصنف الاستدلال بالحديث المزبور على المسئلة المذكورة من وجهين كما ترى وفيه خلاف الشافعي رح اي في عدم رد اليمين على المدعي خلاف الشافعي رح قال صاحب الكافي وعند الشافعي رح اذا لم يكن للمدعي بينة اصلا وحلف القاضي المدعى عليه فنكل يرد اليمين على المدعي فان حلف قضى به والا لا لان الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه وكذا اذا اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن اقامة شاهد آخر فانه يرد اليمين عليه فان حلف قضى له بما ادعى وان نكل لا يقضى له بشيء لانه عليه الصلوة والسلام قضى بشاهد ويمين ثم قال وحديث الشاهد واليمين غريب وما رويناه مشهور تلقته الامة بالقبول حتى صار في حيز التواتر فلا يعارضه على ان يحيى بن معين قد رده انتهى وقال الامام الزيلعي في التبيين قال الشافعي رح اذا لم يكن للمدعي بينة يحلف المدعى عليه فاذا نكل ترد اليمين على المدعي فان حلف قضى له وان نكل لا يقضى له لان الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه فانه لما كان الظاهر شاهدا له اعتبر يمينه قال ايضا اذا اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن الآخر يحلف المدعي ويقضى له

قال ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وبينة الخارج اولى

لما روي انه عليه الصلوة والسلام قضى بشاهد ويمين ويروى انه عليه الصلوة والسلام قضى باليمين مع الشاهد ولنا ما روينا وما رواه ضعيف رده يحيى بن معين فلا يعارض ما رويناه ولانه يرويه ربيعة عن سهيل بن ابي صالح وانكره سهيل فلا يبقى حجة بعدما انكره الراوي فضلا عن ان يكون معارضا للمشاهير ولانه يحتمل ان يكون معناه قضى تارة بشاهد يعني ببينة وتارة بيمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما وهذا كما يقال ركب زيد الفرس والبغلة والمراد على التعاقب ولئن سلم انه يقتضي الجمع فكيف فيه دلالة على ان يمين المدعي بل يجوز ان يكون المراد به يمين المدعى عليه ونحن نقول به لان الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه فيرجع الى يمين المنكر عملا بالمشاهير الى هنا كلامه. قال اي القدوري في مختصره ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق اراد بالملك المطلق ان يدعي الملك من غير ان يتعرض للسبب بان يقول هذا ملكي ولا يقول هذا ملكي بسبب الشراء او الارث او نحو ذلك وهذا لان المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالاثبات وقيد الملك بالمطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعيا تلقي الملك من واحد واحدهما قابض وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ ذي اليد اسبق فان في هذه الصورة تقبل بينة ذي اليد بالاجماع كذا في الشروح. قال صاحب العناية بعد هذا فان قيل ما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى عليه قلت نعم لان قبولها من حيث ما ادعى من الزيادة من زيادة النتاج او القبض او سبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والبينة للمدعي فان قلت فهل يجب على الخارج اليمين لكونه اذ ذاك مدعى عليه قلت لا لان اليمين انما تجب عند عجز المدعي عن البينة وههنا لم يعجز الى هنا كلامه وقد اورد بعض الفضلاء على جوابه عن السؤال الاول بانه لو كان مدعيا لصدق تعريفه عليه وليس كذلك فانه لا يجبر الخارج على الخصومة ويجبر هو عليه وعلى جوابه عن السؤال الثاني بان مراد السائل فهل يجب على الخارج اليمين عند عجز ذي اليد عن البينة والا فلا يتمشى السؤال اصلا اقول ايراده الثاني متوجه ظاهر وقد كنت كتبته في مسودتي قبل ان ارى ما كتبه واما ايراده الاول فمندفع لان ذا اليد لا يجبر على الخصومة من حيث انه مدعي الزيادة المذكورة في الصور المزبورة وانما يجبر عليها من حيث انه مدعى عليه باستحقاق الخارج لما في يده وهذا ظاهر وكذا الخارج انما لا يجبر على الخصومة من حيث انه مدع على ذي اليد استحقاقه لما في يده واما من حيث انه مدعى عليه بالزيادة المذكورة في الصور المزبورة فيجبر عليها وتحقيقه ان دعوى ذي اليد في الصور المزبورة دعوى تابعة لدعوى الخارج حيث يقصد بها ذو اليد دفع دعوى الخارج لا دعوى مبتدأة مقصودة بالاصالة فمتى جرى الخارج على دعواه يدعي عليه ذو اليد الزيادة المذكورة ويجبر الخارج على الجواب عن دعوى ذي اليد والخصومة معه من حيثية كونه مدعى عليه وان ترك الخارج دعواه لا يدعي عليه ذو اليد شيئا لكون دعواه تابعة لدعوى الخارج وترك المتبوع يستلزم ترك التابع فلا يجبر الخارج على الخصومة معه اصلا ولولا هذا التحقيق لانتقض تعريف المدعي والمدعى عليه بما هو حد عام صحيح على ما نص عليه المصنف فيما قبل وتقرر عندهم وهو المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة بصور كثيرة غير الصور المزبورة كما اذا ادعى رجل على آخر دينا فادعى الآخر عليه ايفاء ذلك الدين اياه او ابراءه عن ذلك الدين فان الاول لو ترك الخصومة لم يجبر عليها مع كونه مدعى عليه بالايفاء او الابراء وكذا الحال في جميع صور دعاوى الدفع فالمخلص في الكل ما بيناه وحققناه ثم اقول بقي لنا كلام في اثناء جواب صاحب العناية عن السؤال الاول وهو انه بين الزيادة التي تدعيها ذو اليد في الصور المزبورة بالنتاج والقبض وسبق التاريخ فالاول والثالث صحيحان واما الثاني فليس بظاهر الصحة لان معنى كون احدهما قابضا في الصورة الثانية ان يكون المدعى في يده بالفعل لا ان تثبت قبضه بالبينة على ما سيجيء تفسيره وبيانه في الكتاب وشروحه في باب ما يدعيه الرجلان ولا يخفى ان كون المدعى في يد القابض في تلك الصورة امر معاين لا يدعيه ذو اليد اصلا فضلا عن اقامة البينة عليه وقبول بينته بالاجماع فظهر ان بيان ما ادعاه ذو اليد من الزيادة في الصورة المزبورة بالقبض ليس بتام فالحق ان يقول بدل قوله والقبض وتلقي الملك من شخص مخصوص فتدبر وبينة الخارج اولى

وقال الشافعي رح يقضى ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق او الاستيلاد
او التدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا او اظهارا لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد
اذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق واختيه وعلى الولاء الثابت بها

يعني ان بينة الخارج وبينة ذي اليد اذا تعارضتا على الملك المطلق فبينة الخارج اولى بالقبول عندنا وفي احد قولي الشافعي رح تهاترت البينتان ويكون المدعى لذي اليد تركا في يده وهذا قضاء ترك لا قضاء ملك وفي القول الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضي بها لذي اليد قضاء ملك بالبينة وهو الذي ذكره المصنف بقوله وقال الشافعي رح يقضى ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد اي لتأكد البينة باليد لان اليد دليل الملك فيتقوى الظهور اي فيتقوى ظهور المدعي وصار اي صار حكم هذه المسئلة كالنتاج اي كحكم مسئلة النتاج بان ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ان هذه الدابة نتجت عنده واقاما البينة على ذلك لاحدهما يد فانه يقضى لذي اليد والنكاح اي كحكم مسئلة النكاح بان تنازعا في نكاح امرأة واقاما البينة وهي في يد احدهما فبينة ذي اليد اولى ودعوى الملك مع الاعتاق اي وكحكم مسئلة دعوى الملك مع الاعتاق بان يكون عبد في يد رجل اقام الخارج البينة انه عبده اعتقه واقام ذو اليد البينة انه اعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد اولى او الاستيلاد عطف على الاعتاق فالمعنى او دعوى الملك مع الاستيلاد بان تكون امة في يد رجل فاقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة انها امته استولدها فبينة ذي اليد اولى او التدبير اي او دعوى الملك مع التدبير بان تكون عبد في يد رجل فاقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة انه عبده دبره فبينة ذي اليد اولى ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا اي في القاضي او اظهارا اي في الواقع فان بينة اظهر ما كان ثابتا في الواقع لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك الا يرى ان من رأى شيئا في يد انسان جاز له ان يشهد بانه ملك له فبينة ذي اليد غير مثبتة للملك لئلا يلزم تحصيل الحاصل انما هي موكدة للملك الثابت باليد والتاكيد اثبات وصف للموجود لا اثبات اصل الملك واما بينة الخارج فمثبتة لاصل الملك فيصح قولنا انها اكثر اثباتا وما هو اكثر اثباتا في البينة فهو اولى بالقبول لتوفر ما شرعت البينات لاجله فيه هذا زبدة ما في الشروح في حل كلام المصنف ههنا فان قيل بينة الخارج تزيل ما اثبته اليد من الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل اجيب بان البينة ليست موجبة بنفسها حتى تزيل بينة الخارج ما ثبت باليد وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه واثبات الثابت لا يتصور فلا يكون بينة ذي اليد مثبتة بل موكدة لملك ثابت والتاسيس اولى من التاكيد كذا في العناية اقول يبقى ههنا شيء وهو ان المتبادر من قولهم ان بينة الخارج اكثر اثباتا ومن قولهم ان بينة الخارج اولى بالقبول من بينة ذي اليد في الملك المطلق ان لذي اليد ايضا بينة وان من حقه اقامتها على الملك المطلق ايضا الا ان بينة الخارج اولى بالقبول من بينته لكونها اكثر اثباتا لكن التحقيق يقتضي ان لا يكون لذي اليد بينة شرعية في الملك المطلق وان لا يكون من حقه اقامتها على الملك المطلق اصلا لانه مدعى عليه محض وليس على المدعى عليه غير اليمين بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر كما مر بيانه فالاظهر في الاستدلال من قبلنا على مسئلتنا هذه ما ذكر في بعض الشروح من ان لنا قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر فانه عليه الصلوة والسلام جعل جميع البينة في جانب المدعي لان اللام في البينة لاستغراق الجنس لعدم العهد فلم يبق في جانب المدعى عليه الا اليمين والمدعي اسم لمن يدعي الشيء ولا دلالة معه ولهذا قيل لمسيلمة الكذاب مدعي النبوة والخارج بهذه المثابة لانه لا دلالة معه على الملك بخلاف ذي اليد فان اليد دليل الملك انتهى بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه فكانت بينة ذي اليد كبينة الخارج مثبتة لما لا موكدة فكانت كل واحدة من البينتين للاثبات فترجحت احداهما باليد وكذا الحال في النكاح الا ان المصنف لم يذكره ههنا اخواته اما نسيانا واما اعتمادا على معرفة حاله مما ذكره في النتاج وكذا على الاعتاق واختيه اي وكذا اليد لا تدل على الاعتاق واختيه وهما الاستيلاد والتدبير فاستوت البينتان في الاثبات في هذه الصور ايضا فترجحت احداهما باليد وعلى الولاء الثابت بها اي بهذه الاشياء الثلاثة وهي الاعتاق والاستيلاد

قال وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول وألزمه ما ادعى عليه وقال الشافعي رح لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعي فإذا حلف يقضى به لأن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعي دليل الظهور فيصار إليه ولنا أن النكول دل على كونه باذلا أو مقرا إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فيترجح هذا الجانب

والتدبير يعني أن اليد لا تدل على الولاء الثابت بها أيضا فاستوت البنتان في ذلك أيضا فترجحت إحداهما باليد قال أي القدوري في مختصره وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول أي قضى القاضي على المدعى عليه بالنكول وألزمه ما ادعى عليه أي وألزم القاضي المدعى عليه ما ادعى عليه المدعي هذا في بعض نسخ مختصر القدوري وفي بعضها ولزمه بدل وألزمه أي ولزم المدعى عليه ما ادعى عليه المدعي وقال الشافعي رح لا يقضي به أي بالنكول بل يرد اليمين على المدعي فإذا حلف أي المدعي يقضى به أي يقضى له بما ادعاه ولو أن نكل المدعي أيضا انقطعت المنازعة لأن النكول تعليل لقوله لا يقضى به يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن المصادفة أي عن اليمين الصادقة كما روي عن عثمان رضي الله تعالى عنه أنه نكل عن اليمين وقال خفت أن يوافقها قضاء فيقال إن عثمان حلف كاذبا كذا ذكره الإمام خواهر زاده في مبسوطه واشتباه الحال أي ويحتمل اشتباه الحال عليه بأن لا يدري أنه صادق في إنكاره فيحلف أو كاذب فيه فيمتنع فلا ينتصب أي لا ينتصب نكول المدعى عليه حجة مع الاحتمال المذكور ويمين المدعي دليل الظهور أي دليل ظهور كون المدعي محقا فيصار إليه أي فيرجع إلى يمين المدعي ولنا أن النكول أي نكول المدعى عليه دل على كونه باذلا أي دل على كون المدعى عليه باذلا إن كان النكول بذلا كما هو مذهب أبي حنيفة رح أو مقرا أي على كونه مقرا إن كان النكول إقرارا كما هو مذهبهما إذ لولا ذلك أي ولولا كونه باذلا أو مقرا لأقدم على اليمين إقامة للواجب وهو اليمين لأنها واجبة عليه لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر وكلمة على للوجوب ودفعا للضرر عن نفسه أي دفعا لضرر الدعوى عن نفسه فيترجح هذا الجانب واعلم أن حل المراد بهذه المقدمة من دليلنا وربطه بما قبلها مما يدخص هذا الكتاب ولهذا لم يخل كلام كل واحد من الشراح هنا عن اختلال واضطراب فقال صاحب العناية فترجح هذا الجانب أي جانب كونه باذلا إن ترفع أو مقرا إن تورع لأن الترفع والتورع إنما يحل إذا لم يفض إلى الضرر بالغير انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلأن توزيع كونه باذلا أو مقرا إلى التورع والترفع مما لا يكاد يصح هنا لأن النكول عند أبي حنيفة رح بذل لا غير وعندهما إقرار لا غير فعلى التوزيع المزبور لا يثبت الرجحان في هذا الجانب على الترفع والتورع معا في واحد من المذهبين بل إنما يثبت رجحان كونه باذلا في مذهب أبي حنيفة رح على الترفع فقط ورجحان كونه مقرا في مذهبهما على التورع فقط وبه لا يتم المطلوب على شيء من المذهبين لأن الترفع وحده أو التورع وحده يحتمل واحدا من المحتملات المذكورة في دليل الشافعي رح وبمجرد رجحان هذا الجانب على واحد من تلك المحتملات لا يتعين كونه مراد الناكل حتى يتم المطلوب والحاصل أن في تقرير صاحب العناية خلط المذهبين كما ترى وأما ثانيا فلأنا لا نسلم أن التورع عن اليمين الكاذبة سيما عن اليمين الغموس كما نحن فيه إنما يحل إذا لم يفض إلى الضرر بالغير بل الظاهر أن التورع عنها واجب في كل حال واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث فإن ما ذكره من الإفضاء إلى الضرر بالغير غير ظاهر انتهى أقول هذا غير وارد فإن الإفضاء إليه في صورة التورع عن اليمين الكاذبة ظاهر جدا لأن كون المنكر كاذبا في يمينه إنما يتصور فيما إذا كان للمدعي حق عليه في الواقع فلو تورع عن اليمين الكاذبة بدون البذل أو الإقرار أفضى إلى الضرر بالمدعي قطعا لتضييع حقه وهو ما ادعاه وكذا الإفضاء إليه في صورة الترفع عن اليمين الصادقة يظهر بأدنى تأمل لأن يمين المنكر حق المدعي لقوله عليه الصلوة والسلام لك يمينه كما مر فلو ترفع عن اليمين ولو عن الصادقة بدون إرضاء المدعي بالبذل ونحوه أفضى إلى الضرر بالمدعي بمنع حقه وهو يمين خصمه وقال صاحب النهاية وصاحب الكفاية فترجح هذا الجانب أي جانب كونه باذلا أو مقرا على جانب التورع لأن الشرع ألزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة فلذلك ترجح هذا الجانب في نكوله انتهى أقول وفيه أيضا بحث أما أولا فلأن ما ذكراه من الدليل إنما أفاد رجحان هذا الجانب أي جانب كونه باذلا أو مقرا على الترفع عن اليمين الصادقة حيث لم يكن الترفع عنها مما ألزمه الشرع فلا ينبغي أن يلتزمه الناكل فلم يفد رجحانه على التورع عن اليمين الكاذبة فلا معنى لقولهما على جانب التورع وإن أريد بجانب التورع الجانب المقابل لجانب البذل أو الإقرار لا التورع نفسه فيكون المعنى

ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما قدمناه **قال** وينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء **قال** فاذا كرر العرض عليه ثلث مرات قضى عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر فاما المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه

ايضا واذا انتفى ذلك الجانب بقي ان يقال ما ذكره من الدليل انما افاد رجحان جانب كونه باذلا او مقرا على الترفع عن اليمين الصادقة فقط وهو محتمل واحد من المحتملات المذكورة في دليل الخصم وبمجرد الرجحان عليه لا يتم مطلوبنا كما مر آنفا واما ثانيا فلان ما ذكره من الدليل غير مذكور في كلام المصنف وغير منفهم منه فكيف يتم بناء شرح قول المصنف فترجح هذا الجانب عليه والفاء في فترجح تقتضي التفرع على ما سبق من كلامه كما لا يخفى وقال صاحب غاية البيان فترجح هذا الجانب اي ترجح جانب كون الناكل باذلا او مقرا على الوجه المحتمل هو كونه متورعا ونحو ذلك لان النكول امتناع عن اليمين التي وجبت عليه فلولا ان النكول بذل او اقرار لكان النكول امتناعا عن الواجب وظلما على المدعي والعاقل المتدين لا يترك الواجب ولا يقدم على الظلم والحاصل ان النكول ان كان امتناعا عن اليمين الكاذبة يكون اقرارا وان كان امتناعا عن اليمين الصادقة يكون بذلا انتهى اقول وفيه ايضا بحث اما اولا فلان قوله وظلما على المدعي ليس بتام اذ لا نسلم ان النكول لو لم يكن بذلا او اقرارا لكان ظلما على المدعي لجواز ان يكون للترفع عن اليمين الصادقة فح لا يتحقق الظلم على المدعي لان صدق المدعى عليه في انكاره يستلزم كذب المدعي في دعواه والكاذب ليس بمظلوم بل هو ظالم اللهم الا ان يقال يجوز ان يعد النكول ظلما على المدعي في صورة صدق المدعى عليه ايضا من جهة ان يمين المدعى عليه حق المدعي بموجب الحديث على ما مر وان في النكول عنها منع هذا الحق فصار الناكل ظالما على المدعي في الجملة واما ثانيا فلان في التوزيع الحاصل من قوله والحاصل ان النكول ان كان امتناعا عن اليمين الكاذبة يكون اقرارا وان كان امتناعا عن اليمين الصادقة يكون بذلا خللا حيث لا يكون المطلوب حينئذ على واحد من المذهبين بل يحتاج الى خلطهما على ما بيناه في بحثنا الاول في كلام صاحب العناية فالصواب عندي في حل مراد المصنف ههنا ان يقال فترجح هذا الجانب اي جانب كون الناكل باذلا او مقرا على جميع الوجوه المحتملة المذكورة في دليل الشافعي رح بناء على مقتضى ما سبق من قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه وبيان ذلك ان العاقل المتدين لا يترك الواجب عليه ولا يترك دفع الضرر عن نفسه بشيء من تلك الوجوه المحتملة اما بالترفع عن اليمين الصادقة فظاهر اذ هو ليس بامر ضروري اصلا حتى يترك به الواجب ودفع الضرر عن النفس واما بالتورع عن اليمين الكاذبة فلان المتورع لا يترك الواجب عليه بل يعطي حق خصمه فيسقط الواجب عن العهدة فان لم يكن الناكل باذلا او مقرا ولم يقدم على اليمين انتفى احتمال كونه متورعا واما باشتباه الحال فلان من اشتبه عليه الحال لا يترك الواجب عليه ايضا بل يتحرى فيقدم على اقامة الواجب او يعطي حق خصمه فيسقط عن عهدة الواجب فان لم يكن الناكل باذلا او مقرا ولم يقدم على اليمين انتفى هذا الاحتمال ايضا وبالجملة ان قول المصنف اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه كلمة جامعة يندفع بها الوجوه المحتملة المذكورة في دليل الشافعي رح باسرها فيترجح كون الناكل باذلا او مقرا بالضرورة ولا وجه لرد اليمين لما قدمناه اشار به الى قوله ولا يرد اليمين على المدعي لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر الخ ونحن ايضا قدمنا واستوفينا هناك دليل الشافعي رح في رد اليمين على المدعي واجوبتنا عنه نقلا عن الكافي والتبيين بما لا مزيد عليه فتذكر قال اي القدوري في مختصره وينبغي للقاضي ان يقول له اي للمدعى عليه اني اعرض عليك اليمين ثلثا اي ثلث مرات فان حلفت اي ان حلفت خلصت او تركتك والا قضيت عليك بما ادعاه اي بما ادعاه المدعي قال المصنف وهذا الانذار اي قول القاضي والا قضيت عليك بما ادعاه لاعلامه بالحكم اي الحكم بالنكول اذ هو موضع الخفاء لكونه مجتهدا فيه فان للشافعي رح خلافا فيه فيجوز ان يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول فوجب ان يخبره حتى يحلف او ينكل كذا في الشروح قال اي القدوري في مختصره فاذا كرر العرض عليه ثلث مرات قضى عليه بالنكول قال المصنف وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء الاعذار اي في اظهارها يعني ان هذا التكرار الذي ذكره الخصاف للاستحباب لا لانه شرط لجواز القضاء بالنكول ونظيره امهال المرتد ثلثة ايام فانه مستحب لا واجب فمنع هذا بقوله فاما المذهب فانه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه من ان النكول بذل او اقرار وليس التكرار

وهو الصحيح والاولى اولى ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم انه لا آفة به من طرش او خرس
هو الصحيح قال وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء

يشترط في شئ منها هو الصحيح احتراز عن قول البعض انه لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ كذا في اكثر الشروح وهذا معنى قول صاحب الكافي والتقدير بالثلث في عرض اليمين لازم في المروي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله والجمهور على انه للاحتياط حتى لو قضى بالنكول مرة بعد قضاءه في الصحيح انتهى وقال صاحب غاية البيان احتراز عن قول الخصاف فانه يشترط التكرار انتهى اقول هذا ليس بشرح صحيح فان المصنف بعد ما صرح بان الخصاف ذكر التكرار لزيادة الاحتياط في المبالغة في ابلاء الاعذار كيف يزعم انه اشترط التكرار فيحترز عن قوله والاول اولى اي العرض ثلث مرات اولى يعني ان القضاء بالنكول بعد العرض مرة جائز ولكن الاولى هو ان القضاء بالنكول بعد العرض ثلث مرات وفي النهاية وذكر في فتاوى قاضيخان صورة المسئلة قال رجل قدم رجلا الى القاضي فادعى عليه مالا او ضيعة في يده او شيئا من الحقوق فانكر فاستحلفه القاضي فابى ان يحلف فانه ينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلث مرات فان حلفت والا الزمتك المدعى ثم يقول له القاضي احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال الذي يدعي وهو كذا وكذا ولا شئ منه فان ابى ان يحلف بالله في المرة الاولى يقول له في المرة الثانية كذلك فان ابى ان يحلف في المرة الثانية يقول له بقيت الثالثة ثم اقضي عليك ان لم تحلف ثم يقول له ثالثا احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال ولا شئ منه فان ابى ان يحلف يقضي عليه بدعوى المدعي وان قضى القاضي بالنكول في المرة الاولى نفذ قضاؤه انتهى قال صاحب الكافي ولا بد ان يكون النكول في مجلس القضاء وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف انتهى وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز ولا بد من ان يكون النكول في مجلس القاضي لان المعتبر يمين قاطعة للخصومة ولا معتبر باليمين عند غيره في حق الخصومة فلا يعتبر وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم اذا حلف المدعى عليه فالمدعي على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه الا انه ليس له ان يخاصمه ما لم يقم البينة على وفق دعواه فان وجد بينة اقامها عليه وقضى له بها وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون ترجح جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعي بعد ذلك كما ترجح جانب صدق المدعي بالبينة حتى لا يعتبر يمين المنكر معها وهذا القول مهجور غير ماخوذ به وليس بشئ اصلا لان عمر رضي الله عنه قبل البينة من المدعي بعد يمين المنكر وكان شريح رحمه الله يقول اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة وهل يظهر كذب المنكر باقامة البينة والصواب انه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحنث في يمينه ان كان قال ان كان لفلان علي الف درهم فامرأتي طالق فادعى عليه فانكر فحلف ثم اقام المدعي البينة ان له عليه الفا وقيل عند ابي يوسف رح يظهر كذبه وعند محمد رح لا يظهر الى هنا كلامه ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه اي حكم الثاني وهو الحكمي حكم الاول وهو الحقيقي اذا علم انه لا آفة به اي بالمدعى عليه من طرش الطرش بفتحتين اهون الصمم يقال هو مولد او خرس بفتحتين ايضا آفة باللسان تمنع الكلام اصلا هو الصحيح اختلفت الروايات فيما اذا سكت المدعى عليه بعد عرض اليمين عليه ولم يقل لا احلف فقال بعض اصحابنا اذا سكت سال القاضي عنه هل به خرس او طرش فان قالوا لا جعله ناكلا وقضى عليه ومنهم من قال يحبس حتى يجيب والاول هو الصحيح كذا في غاية البيان نقلا عن شرح الاقطع قال اي القدوري في مختصره وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة رح ولا يستحلف عنده يريد به التعميم بعد تخصيص النكاح ما في النكاح اي لا يستحلف عنده في دعوى النكاح بان ادعى رجل على امرأة انه تزوجها او بالعكس والرجعة اي لا يستحلف عنده في الرجعة بان ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة انه كان راجعها في العدة وانكرت او بالعكس والفيء في الايلاء اي في دعوى الفيء بالايلاء ايضا بان ادعى انه كان فاء اليها في المدة وانكرت او بالعكس والرق وفي دعوى الرق ايضا بان ادعى على مجهول النسب انه عبده وانكر وفي دعوى الاستيلاد ايضا بان ادعت امة على مولاها انها ولدت منه ولدا وانكر المولى ولا يجري فيه العكس كما والنسب ايضا بان ادعى على مجهول انه ولده او والده وانكر المجهول او بالعكس والولاء اي في دعوى الولاء ايضا بان ادعى على

والحدود واللعان وقال ابو يوسف ومحمد رح يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي و
هذا ابني منه وانكر المولى لانه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه فكان اقرارا او بدلا عنه والاقرار يجري في هذه الاشياء

او بالعكس بان كان ذلك في ولاء الموالاة اذ الولاء يشمل ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحدود اي وفي دعوى الحدود ايضا بان ادعى على آخر ما يوجب حدا من الحدود
وانكره الآخر واللعان اي وفي دعوى اللعان ايضا بان ادعت على زوجها انه قذفها بما يوجب اللعان وانكره الزوج واعلم ان هذه الاشياء كلها مذكورة في مختصر القدوري
ههنا الا اللعان فانه غير مذكور فيه ولكنه مذكور في الجامع الصغير في كتاب القضاء وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان
فتقرر انه لا يستحلف في الحدود واللعان على قولهم جميعا وانما اختلافهم في الاشياء السبعة الباقية وفي الكافي قال القاضي فخر الدين في الجامع الصغير والفتوى
على قولهما وقيل ينبغي للقاضي ان ينظر في حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه ويأخذ بقولهما وان كان مظلوما لا يحلفه اخذا بقوله انتهى وفي النهاية هذا كله اذا
لم يكن المقصود مالا وان كان المقصود دعوى مال بان ادعت المرأة على رجل انه تزوجها وطلقها قبل الدخول ولها عليه نصف المهر وانكر يستحلف في قولهم فان
نكل يقضى عليه بنصف المهر على ما يجيء بعد هذا في الكتاب وسئل الشيخ الامام عبد الواحد الشيباني عن المرأة اذا كانت تعلم بالنكاح ولا تجد بينة تقيمها لاثبات
النكاح والزوج ينكرها ذا يصنع القاضي حتى لا تبقى هذه المرأة معلقة ابد الدهر قال يستحلفه القاضي ان كانت هذه امرأتك فهي طالق حتى يقع الطلاق ان كانت
امرأته فتتخلص منه ويحل للازواج وذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي في باب اليمين ان الفقيه ابا الليث رح اخذ بقولهما في هذه المسئلة وهكذا في الواقعات
ايضا وكيفية الاستحلاف عندهما ان يحلف على الحاصل ان كانت المرأة هي المدعية بالله ما هذه المرأة امرأتك بهذا النكاح الذي ادعته وان كان الزوج
هو المدعي يحلف بالله ما هذا زوجك على ما ادعى والمتأخرون من مشائخنا على انه ينبغي للقاضي ان ينظر في حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه ويأخذ
بقولهما وان رآه مظلوما لا يحلفه اخذا بقول ابي حنيفة رح وهو كما اختار شمس الائمة رحمه الله في التوكيل بالخصومة بغير محضر من الخصم وبغير رضاه ان القاضي
ان علم بالمدعي التعنت في اباء التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل بغير محضر من الخصم وان علم بالموكل القصد الى الاضرار بالمدعي في التوكيل لا يقبل
ذلك الا برضى الخصم حتى يكون دافعا للضرر من الجانبين كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والمحبوبي وفي الحدود لا يستحلف بالاجماع الا اذا تضمن حقا بان
علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت فانت حر فادعى العبد انه قد زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق دون الزنا كذا ذكره

الصدر الشهيد في ادب القاضي الى هنا لفظ النهاية وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي وهذا ابني منه وانكر المولى لانه لو ادعى المولى ثبت
الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها وانما خص صورة الاستيلاد بالذكر من بين اخواتها مع ان شبهها على انه لا مساغ للدعوى في هذه الصورة الا من جانب واحد
بخلاف اخواتها الخلافية فان للدعوى فيها مساغا من الجانبين كما صورناه فيما مر لهما اي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا
في الانكار اي في انكاره السابق على ما قدمناه يعني قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه وفيها تحصيل الثواب باجراء ذكر اسم الله تعالى
على لسانه تعظيما له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وابقاء ماله على ملكه فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلث كذا في العناية وغيرها فكان اي النكول اقرارا
او بدلا عنه بفتح الدال اي خلفا عن الاقرار يعني انه قائم مقام الاقرار اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان كلمة او في قول المصنف ههنا حيث قال فكان النكول اقرارا
ثم فرع على دليله كونه اقرارا او بدلا عنه بالترديد ولا يدفعها ما ذكر في النهاية والكفاية من انه جاز ان يكون هذا الترديد لدفع بعض الشبهات التي ترد عليهما في
القول بالاقرار انتهى اذ كان يمكن دفع ذلك بذكر الترديد ولا ايضا احد بالاكتفاء بذكره كونه بدلا ... في الموضعين متقابل كان هذا اي الاكتفاء به هو الذي ينبغي كما
عليه والاقرار يجري في هذه الاشياء هذا كبرى دليلهما على جواز الاستحلاف في الاشياء المذكورة تقريره ان النكول اقرار والاقرار يجري في هذه الاشياء ينتج ان
النكول يجري في هذه الاشياء فاذا جرى النكول فيها جرى الاستحلاف فيها ايضا لحصول فائدة الاستحلاف وهي القضاء بالنكول كما في سائر مواضع الاستحلاف

لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد

لكنه اي لكن النكول اقرار فيه شبهة لانه في نفسه سكوت والحدود تندرئ بالشبهات فلا يجري النكول فيها واللعان في معنى الحد لانه قائم مقام حد القذف في حق الزوج يعني ان كل قذف يوجب حد القذف على الاجنبي اذا قذف الاجنبيات فذلك يوجب اللعان على الزوج وقائم مقام حد الزنا في حق المرأة كما تقرر في باب اللعان فلا يجري النكول فيه ايضا قال صاحب العناية وعليه نقوض اجمالية الاول ما ذكره في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البائع ونكل عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه في النصف الثاني فانكر لم يلزمه واستحلف ولو كان النكول اقرارا لزمه النصف الآخر بنكوله في المرة الاولى كما لو اقر في تلك المرة الثاني الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيبا في المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل ولو كان اقرارا لزم الوكيل الثالث ما ذكره في المبسوط ان الرجل اذا قال تكفلت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر ونكل عن اليمين فقضي عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل ولو كان النكول اقرارا لقضي والجواب ان النكول اما اقرار او بدل منه فوجه الاقرار ما تقدم ووجه كونه بدلا ان المدعي يستحق بدعواه جوابا يفصل الخصومة وذلك بالاقرار والانكار فان اقر فقد انقطعت وان انكر لم تنقطع الا باليمين فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار يقطع الخصومة فالنقوض المذكورة ان وردت على اعتبار كونه اقرارا لا ترد على تقدير كونه بدلا منه ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى الى هنا كلامه اقول ما ذكره في الجواب منظور فيه من وجوه الاول ان الظاهر من قوله فوجه الاقرار ما تقدم ووجه كونه بدلا كيت وكيت ان ما تقدم انما يصلح لان يكون وجه الاقرار لا لان يكون وجه كونه بدلا منه مع انه صالح لهما ولهذا فرعهما المصنف عليه حيث قال فكان اقرارا او بدلا عنه الثاني ان الوجه الذي ذكره لكونه بدلا منه غير تام اذ يرد عليه منع قوله فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار يقطع الخصومة لجواز ان يكون بذلا كما ذهب اليه ابو حنيفة رحمه الله لا بدلا عن الاقرار وقطعه الخصومة لا يدل على كونه بدلا عنه لتحقق القطع المزبور بكونه بذلا ايضا ولجواز ان يكون نفس الاقرار لا بدلا عنه فلم يتم التقريب ايضا الثالث ان الاقرار اذا كان مخالفا في الاحكام لما هو بدل عنه كما في صور النقوض المذكورة فمن اين يعرف جريان بدل الاقرار ايضا في الاشياء المذكورة حتى يتم دليلهما المذكور في الكتاب الرابع ان قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى انما يتم لو كان المذكور في دليلهما المسفور كون النكول اقرارا فقط ولما كان المذكور فيه كونه اقرارا او بدلا عنه بالترديد كما ترى لم يحتج في دفع النقوض المزبورة بما ذكر الى تغيير شيء اصلا فلم يتم قوله المذكور ثم ان لبعض الفضلاء كلامين في تحرير صاحب العناية ههنا احدهما في جانب السؤال والآخر في جانب الجواب اما الاول ففي قوله وعليه نقوض اجمالية حيث قال بل الظاهر ان تلك الاسولة الثلثة معارضات كما لا يخفى على من له ادنى تامل ودربة انتهى واما الثاني ففي قوله ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى حيث قال بل هو تغيير الدليل مع المدعى جواز الاستحلاف انتهى اقول كل واحد منهما ساقط اما الاول فلان كون تلك الاسولة معارضات مما لا يكاد يصح لان حاصل كل واحد منها بيان تخلف الحكم وهو كون النكول اقرارا في صورة جزئية عن الدليل المذكور من قبل الامامين وهو صريح نقض اجمالي ولا لطف للحمل على المعارضة في شيء منها لان المدعى ههنا وهو كون النكول اقرارا كلي وما ذكر في كل واحد منها صورة جزئية لا تدل على خلاف المدعى بالكلية وانما غر ذلك البعض قول السائل في ذيل كل واحد من تلك الاسولة ولو كان النكول اقرارا لكان جواب المسئلة خلاف ما ذكر والحال ان المراد به مجرد بيان تخلف الحكم عن الدليل لا اقامة الدليل على خلاف المدعى كما لا يخفى واما الثاني فلان مراد صاحب العناية بالمدعى ههنا قولهما ان النكول اقرار المستدل عليه في كلام المصنف بقوله لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه فاذا صير في الجواب عن النقوض المذكورة الى كون النكول بدلا عن الاقرار لا نفس الاقرار فقد غير ذلك المدعى قطعا وكون قولهما ان النكول اقرار مقدمة الدليل بالنظر الى اصل المسئلة وهو جواز الاستحلاف عندهما لا ينافي كونه مدعى بالنظر الى كونه مستدلا عليه بالدليل المستقل والعجب من ذلك القائل انه جعل الاسولة المذكورة معارضات والمعارضة اقامة الدليل

ولابي حنيفة رح انه بذل لان معه لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار والبذل لا يجري في هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد الماذون بمنزلة الضيافة اليسيرة

على خلاف مدعى الخصم وهذا لا يتصور الا بان يكون المدعي ههنا قولهما ان النكول اقرار اذ لا مساس لتلك الاسولة باصل المسئلة كما لا يخفى ولابي حنيفة رح انه اي النكول بذل وتفسير البذل عنده ترك المنازعة والاعراض عنها لا الهبة والتمليك ولهذا قلنا ان الرجل اذا ادعى نصف الدار شائعا فانكر المدعى عليه يقضي فيه بالنكول مع ان هبة نصف الدار شائعا لا تصح كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفوائد الظهيرية لان معه اي مع البذل لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود به اي لحصول المقصود من اليمين وهو قطع الخصومة بالبذل فيكون ذلك باعثا على ترك الاقدام على اليمين هذا هو العلة المجوزة لكون النكول بذلا واما العلة المرجحة لكونه بذلا على كونه اقرارا فهي ما اشار اليه بقوله وانزاله باذلا اولى اي من انزاله مقرا كيلا يصير كاذبا في الانكار اي في انكاره السابق يعني لو حملناه على الاقرار لكذبناه في انكاره السابق ولو جعلناه بذلا لقطعنا الخصومة بلا تكذيب فكان هذا اولى صيانة للمسلم عن ان نظن به الكذب قيل عليه لو كان النكول بذلا لما ضمن شيئا آخر اذا استحق ما ادى بالقضاء كما لو صالح عن انكار واستحق بدل الصلح فانه لا يضمن شيئا ولكن المدعي يرجع الى الدعوى واجيب عنه بان بدل الصلح وجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فعاد الحكم الى الاصل وهو الدعوى واما ههنا فالمدعي يقول انا اخذ هذا بازاء ما وجب لي في ذمته بالقضاء فاذا استحق رجعت بما في الذمة وقيل عليه ان الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب به الحكم فلم يكن النكول بذلا واجيب عنه بان الحكم لا يجب بالبذل الصحيح واما ما كان بذلا بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم انه لا يجب به بل هو موجب لقطع المنازعة وقيل عليه يقضي بالقصاص في الاطراف بالنكول ولو كان بذلا لما قضي به لان البذل لا يعمل فيها واجيب عنه بانا لا نسلم ان البذل فيها غير عامل اذا كان مفيدا نحو ان يقول اقطع يدي وبها آكلة حيث لم ياثم بقطعها وفيما نحن فيه النكول مفيد لانه يحترز به عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين هذه خلاصة ما في الشروح ههنا من الاسولة والاجوبة والبذل لا يجري في هذه الاشياء فانه لو قالت مثلا لا نكاح بيني وبينك ولكني بذلت لك نفسي لم يصح بذلها وكذا لو قال انا حر الاصل ولكني هذا يوذيني بالدعوى فبذلت له نفسي ليسترقني او قال انا ابن فلان ولكن هذا يوذيني بالدعوى فابحت له ان يدعي نسبي لم يصح بذله بخلاف الاموال فانه لو قال هذا المال ليس له ولكني ابحته وبذلته له لا تخلص من خصومته صح قوله وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول ولما لم يجر البذل في هذه الاشياء لم يتصور فيها القضاء بالنكول الذي هو البذل فلا يستحلف فيها لعدم الفائدة قال صاحب الكافي فان قيل هذا التعليل مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام واليمين على من انكر قلنا خص منه الحدود واللعان فيجاز تخصيص هذه الصور بالقياس انتهى وقال صاحب العناية لا يقال ابو حنيفة رح ترك الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر بالراي وهو لا يجوز لان ابا حنيفة رحمه الله لم ينف وجوب اليمين فيها لكنه يقول لما لم تفد اليمين فائدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلا لا يجري فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه اداء الصلوة لفوات المقصود انتهى وقال بعض الفضلاء واجاب عنه العلامة الكاكي بانه خص من الحديث الحدود وبالاجماع فيجاز تخصيص هذه الصورة بالقياس ولم يذكره الشارح يعني العناية لان المخصص يجب ان يكون مقارنا والاجماع ليس كذلك انتهى اقول مدار كلامه على ما فهمه من ان يكون مراد العلامة الكاكي ان المخصص الحدود من الحديث هو اجماع الامة والظاهر ان مراده بالاجماع اتفاق الائمة والمعنى كون الحديث مما خص منه البعض وهو الحدود متفق عليه ولا ينافي هذا كون المخصص نصا ومقارنا على ان قاعدة الاصول هي انه اذا لم يعلم المقارنة وعدمها يحمل على المقارنة فيتم المطلوب ويؤيد كون مراده بالاجماع اتفاق الائمة في كون الحديث مخصوصا ان الجواب الذي ذكره وقع في الكافي والكفاية من غير ذكر قيد الاجماع فتامل الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد الماذون بمنزلة الضيافة اليسيرة هذا جواب سوال مقدر وهو ان النكول لو كان بذلا لما ملكه المكاتب والعبد الماذون لما ان في البذل معنى التبرع وهما لا يملكان التبرع فاجاب بانهما يملكان ما لا بد له من التجارة كما في الضيافة اليسيرة وبذلهما بالنكول من جملة ذلك كذا في عامة الشروح اقول لمانع ان يمنع كون بذلهما من جملة ذلك

وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه والبذل معناه ههنا ترك المنع وامر المال هين **قال** ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع لا يثبت به فصار كما اذا شهد عليه رجل وامرأتان **قال**

اذ الخصومة تندفع بدون ذلك من غير ضرورة بان اقدما على اليمين كانا صادقين في انكارهما وبان اقر ان كان المدعي هو الصادق فليتامل وصحته اي صحة البذل في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه والبذل معناه ههنا ترك المنع وامر المال هين هذا ايضا جواب سؤال مقدر وهو ان النكول لو كان بذلا لما جرى في الدين لان محله الاعيان لا الديون اذ الدين وصف في الذمة والبذل والاعطاء لا يجريان في الاوصاف فاجاب بان معنى البذل ههنا ترك المنع فكان المدعي ياخذه منه بناء على زعمه انه ياخذ حق نفسه ولا مانع له وترك المنع جائز في الاموال لان امر المال هين حيث تجري فيه الاباحة بخلاف تلك الاشياء فانه لا تجري فيها الاباحة كذا في الشروح وسائر المعتبرات حتى ان صاحب الكافي اتى بتصريح السؤال والجواب حيث قال فان قيل لو كان بذلا لما جرى في الدين لان محله الاعيان لا الديون اذ البذل والاعطاء لا يجريان في الاوصاف والدين وصف في الذمة قلنا البذل ههنا ترك المنع كان المدعي ياخذه منه بناء على زعمه انه ياخذ حق نفسه ولا مانع له وامر المال هين بخلاف النكاح ونحوه انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة بعد التامل الصادق ان الجواب المذكور لا يدفع السؤال المزبور وان ظننته اشتهرت بالقبول لان الدين لما كان وصفا ثابتا في الذمة غير منتقل عنها لم يكن قابلا للاخذ كما لم يكن قابلا للبذل والاعطاء وان ترك المنع انما يتصور في الاموال المتحققة في الاعيان لا في الاوصاف الثابتة في الذمم لان ترك المنع فرع جواز الاخذ فما لم يكن قابلا للاخذ لم يتصور فيه ترك المنع فلم يكن الذي ياخذه المدعي من المدعى عليه بناء على زعمه انه حق نفسه الدين بل كان العين وكذا لم يكن الذي ترك المدعى عليه منعه اخذ الدين بل كان اخذ العين والسؤال بالدين لا بالعين فالجواب المذكور لا يدفعه والحق عندي في الجواب ان يقال معنى البذل في الدين احداث مثله في ذمة المدعى عليه باعطاء عين يماثل معياره معيار الدين المدعى وحصول المقاصة به من الطرفين كما ان معنى قضاء الدين ذلك ولهذا قالوا الديون تقضى بامثالها على ما حقق في موضعه فاذا قال المدعي مثلا لي عليه عشرة دراهم كان معناه حصل لي في ذمته وصف معياره عشرة دراهم فالذي يلزم المدعى عليه عند نكوله عن اليمين اعطاء عين يماثل معياره معيار ما ادعاه المدعي من العين هو عشرة دراهم فالمبذول حقيقة هو العين الذي يعطى لا الدين نفسه وان كان المدعى دينا قال اي محمد رحمه الله في الجامع الصغير ويستحلف السارق يريد به انه اذا اراد المسروق منه اخذ المال دون القطع يستحلف السارق بالله ماله عليك هذا المال لان المال يثبت بالشبهات الا يرى انه يثبت بكتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة فجاز ان يثبت بالنكول الذي هو بذل او اقرار فيه شبهة والحدود لا تقام بحجة فيها شبهة فكذلك لا تقام بالنكول فلهذا لا يجري اليمين في الحدود وعن محمد رح انه قال القاضي يقول للمدعي ما ذا تريد فان قال اريد القطع فالقاضي يقول له ان الحدود لا يستحلف فيها فليست لك يمين وان قال اريد المال فالقاضي يقول له دع دعوى السرقة وابعث على دعوى المال كذا في النهاية نقلا عن الامام المرغيناني والمحبوبي قال المص فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله اي بفعل السارق وهو السرقة شيئان الضمان اي احدهما ضمان المال ويعمل فيه النكول والقطع اي وثانيهما قطع اليد ولا يثبت به اي لا يثبت القطع بالنكول قال صاحب العناية يريد المص بفعله في قوله لان المنوط بفعله شيئان النكول ثم قال ويجوز ان يراد به فعل السرقة اقول الثاني هو الصحيح والاول فاسد لان المص صرح بان القطع لا يثبت بالنكول فلا يناط القطع بالنكول قطعا فكيف يتعين ان يحمل الفعل في قوله لان المنوط بفعله شيئان على النكول واحد الشيئين هو القطع ثم اقول بقي في كلام المص شيء وهو ان التعليل الذي ذكره بقوله لان المنوط بفعله شيئان الى اخره لا يفيد شيئا يعتد به اذ ليس فيه بيان لمية المدعى ههنا بل هو مجرد تفصيل لما قبله فان قوله الضمان ويعمل فيه النكول تفصيل لقوله فان نكل ضمن من غير اشارة الى علة كون النكول حجة وقوله والقطع ولا يثبت به تفصيل لقوله ولم يقطع من غير اشارة الى علة عدم ثبوت القطع به فبقي المدعى غير معلوم اللمية والاوجه في التعليل ما ذكره الامام الزيلعي في شرح الكنز حيث قال لان موجب فعله شيئان الضمان وهو يجب مع الشبهة فيجب بالنكول والقطع وهو لا يجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول انتهى وكذا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لانه في التشريع على المال والحد وايجاب الحد لا يجامعه الشبهة وايجاب المال يجامعه الشبهة فيثبت به انتهى قوله فصار اي صار حكم هذه المسئلة كما اذا شهد عليها اي على السرقة رجل وامرأتان فانه يثبت هناك المال دون القطع فكذا ههنا وصار كما اذا اقر بالسرقة ثم رجع فانه يسقط بالرجوع الحد وهو القطع ويثبت المال بالاقرار ولا يسقط بالرجوع قال اي محمد رح في الجامع الصغير

قال واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لاسيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود بهذه الحقوق

واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في دعوى الطلاق عندهم لاسيما اذا كان المقصود هو المال و
فائدة تعيين صورة المسئلة في الطلاق قبل الدخول هي تعليم ان دعوى المهر لا يتفاوت بين ان يكون الدعوى في كل المهر ونصفه كذا في النهاية ومعراج الدراية قال صاحب العناية
وفيه نظر لان الاطلاق يغني عن ذلك وليس فيه توهم التقييد بذلك انتهى واجاب عنه بعضهم بانه لو اطلق لربما ذهب الوهم الى الطلاق بعد الدخول للغلبة فقيد ليعلم حكمه بالطريق
الاولوية فانه اذا استحلف قبل تأكد المهر فبعده اولى كما لا يخفى قال المصنف وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق اي وكذا يستحلف الزوج بالاجماع فيما اذا ادعت المرأة
مع النكاح الصداق لان ذلك دعوى المال اي المقصود من ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح يعني يثبت المال بنكوله في قولهم جميعا لان المال
يجري فيه الاقرار والبذل ولا يثبت النكاح في قول ابي حنيفة رحمه الله لان النكاح لا يجري فيه البذل قال بعض الفضلاء فان قيل يلزم على هذا ان تحقق الملزوم بدون
اللازم قلنا يجوز ان يحكم بثبوت النكاح في حق المهر لا مطلقا على ان المهر ليس يستلزم النكاح القائم لبقائه حال الفرقة والطلاق انتهى اقول كل واحد من شقي جوابه علاه
مختل اما الاول فلانه لو جاز ان يحكم بثبوت النكاح في حق المهر بالنكول لجاز البذل في النكاح في الجملة اي في بعض الحالات ولم يقل به صاحب مذهب قط واما الثاني
فلان المهر وان لم يستلزم قيام النكاح في البقاء ولكن يستلزم تحقق النكاح في الابتداء كما لا يخفى ومعنى المسئلة التي نحن فيها ان النكاح لا يثبت بالنكول لا في الابتداء
ولا في البقاء لعدم جريان البذل فيه على كل حال فلم يندفع السؤال ثم اقول في الجواب عن السؤال ان ثبوت المهر في الواقع يستلزم ثبوت النكاح فيه واما ثبوته عند القاضي
فلا يستلزم ثبوت النكاح عنده لان معنى ثبوته عنده ظهوره له اذ قد مر ان الحجج الشرعية مثبتة في علم القاضي مظهرة في الواقع ولا يستلزم ظهور الملزوم ظهور اللازم لجواز
ان تقوم الحجة على الاول دون الثاني كما فيما نحن فيه فالذي يلزم من المسئلة المذكورة ثبوت المهر عند القاضي بدون ثبوت النكاح عنده ولا محذور فيه لعدم الاستلزام
كما عرفت وقس على هذا احوال نظائره من المسائل الآتية المتصلة به في الكتاب فان ما ذكرنا مخلص في الجميع قال المصنف وكذا في النسب اي وكذا يستحلف في النسب بالاجماع
اذا ادعى حقا اي اذا ادعى مع النسب حقا آخر كالارث بان ادعى رجل على رجل انه اخو المدعي عليه مات ابوهما وترك مالا في يد المدعى فانه يستحلف بالاجماع فان
حلف برئ وان نكل يقضى بالمال دون النسب والحجر في اللقيط بان ادعت امرأة حرة الاصل صبيا لا يعبر عن نفسه كان في يد رجل التقطه انه اخوها وانها اولى بحضانته
فانه يستحلف بالاجماع فان نكل ثبت لها حق نقل الصبي اي حجره دون النسب والنفقة بان ادعى زمن على موسر انه اخوه وان نفقته عليه فانكر المدعى عليه الاخوة يستحلف
بالاجماع فان نكل يقضى بالنفقة دون النسب وامتناع الرجوع في الهبة بان اراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له انت اخي يريد بذلك ابطال حق الرجوع فانه يستحلف
بالاجماع فان نكل ثبت امتناع الرجوع دون النسب لان المقصود بهذه الحقوق دليل المجموع يعني ان المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هذه الحقوق اي دون النسب المجرد
ثم ان صاحب العناية لعله فسر قول المصنف لان المقصود بهذه الحقوق بقوله اي دون النسب المجرد وقال في تعليله فان فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز انتهى اقول فيه نظر لان
تحميل النسب على الغير لا يلزم من المسائل المذكورة مطلقا بل انما يلزم فيما اذا كان النسب مما لا يثبت بالاقرار كالاخوة ونحوها واما فيما اذا كان مما يثبت بالاقرار كالابوة والبنوة
فلا والمسائل المذكورة تعم الصورتين معا الا يرى ان المدعي في صورة النفقة اذا قال للمدعى عليه انت ابي فان المسئلة بحالها وكذا الحال في صورة امتناع الرجوع
في الهبة وكذا المدعية في صورة الحجر في اللقيط اذا قالت ان الصبي ابنها فان المسئلة بحالها ايضا وكان التعليل المذكور قاصرا عن افادة كلية المدعى قال بعض الفضلاء
الاظهر ان يقول صاحب العناية بدل التعليل الذي ذكره فان البذل لا يجري فيه كما قاله في صورة دعوى النكاح انتهى اقول وفيه ايضا نظر فان المعلل ههنا ان لا يكون
المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة النسب المجرد وعدم جريان البذل في النسب المجرد لا يفيده لان الحجج على الدعوى غير منحصرة في النكول بل منها ايضا اقامة البينة
والاقرار ونعم البذل انما هو للنكول من بينها فلا يلزم من عدم جريانه في النسب المجرد عدم جريان سائر الحجج فيه حتى لا يصح ان يكون مقصودا بالدعوى في المسائل المذكورة

وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت بالاقرار كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة لان في دعواهما الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما **قال** ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه

بخلاف ما قال في صورة دعوى النكاح فان العلل هناك عدم ثبوت النكاح بالنكول وعدم جريان البدل في النكاح فيفيد قطعا الايقال التعليل الصحيح ههنا ان يقال فانه لو كان المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هو النسب المجرد لما ادعى المدعي فيها مع النسب حقا آخر والمفروض في كل واحد من تلك المسائل ان المدعي معه حقا آخر كما ينادي عليه قول المص رح وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث الخ لانا نقول هذا انما يتم فيما اذا كان النسب مما يثبت بالاقرار كالبنوة ونحوها فان دعوى النسب المجرد تسمع في تلك الصورة فلو كان مقصود المدعي فيها دعوى النسب المجرد لما ادعى معه حقا آخر واما اذا كان النسب مما لا يثبت بالاقرار كالاخوة ونحوها فلان دعوى النسب المجرد لا تسمع في هذه الصورة بل يتوقف فيها استماع الدعوى وقبول البينة على ان يدعي المدعي مع النسب حقا آخر لنفسه كما صرح به في عامة معتبرات الفتاوى فيجوز ان يكون مقصود المدعي في هذه الصورة النسب المجرد ويدعي مع النسب حقا آخر مجرد التوسل به الى مقصوده وهو النسب المجرد والمسائل المذكورة تعم الصورتين معا كما بيناه من قبل فكان هذا التعليل ايضا قاصرا عن افادة كلية المدعي وبالجملة لم يظهر لقول المص رح لان المقصود هذه الحقوق علة واضحة شاملة لجميع صور تلك المسائل العامة فكان هذا هو السر في ان صاحب الكافي لم يذكر قول المص رح هذا اصلا مع ان عادته اقتفاء اثر المص رح في امثاله وان اكثر الشراح لم يتعرضوا لشرحه وبيانه بالكلية وانما يستحلف في النسب المجرد قيد به احترازا عما هو مقرون بدعوى حق آخر كما مر آنفا عندهما اي عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا كان يثبت باقراره اي اذا كان يثبت النسب بمجرد اقرار المدعى عليه فان النكول عندهما اقرار فكل نسب لو اقر به المدعى عليه يثبت بالنكول ايضا كالاب والابن في حق الرجل فانه اذا اقر بالاب والابن يصح اقراره ويثبت نسب المقر له منه بمجرد اقراره والاب في حق المرأة فانها اذا اقرت بالاب يصح اقرارها ويثبت نسب المقر له منها بمجرد اقرارها ولو اقرت بالابن فلا يصح اقراره ولا يثبت نسبه منها لان في دعواها الابن اي في دعواها الابن اي في اقرارها به كذا في النهاية وغاية البيان تحميل النسب على الغير وهو لا يجوز والمولى اي وكالمولى يعني السيد والزوج في حقهما اي في حق الرجل والمرأة وهذا التقييد اعني قوله في حقهما متعلق بالمولى والزوج جميعا فان اقرار الرجل والمرأة بالمولى والزوج يصح وحاصل كلام المصنف رح ههنا ان اقرار الرجل يصح باربعة بالاب والابن والمولى والزوجة واقرار المرأة يصح بثلثة بالاب والمولى والزوج ولا يصح بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وكان اصل المسئلة في محلها ان اقرار الرجل يصح بخمسة بالوالدين والولد والزوجة والمولى واقرار المرأة يصح باربعة بالوالدين والزوج والمولى ولا يصح بالولد لما مر فكان المص رح اكتفى بذكر الاب عن ذكر الام لظهور اشتراكهما في الحكم المذكور وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه الاصل في هذا الباب ان المدعي قبله النسب اذا انكر هل يستحلف ان كان بحيث لو اقر به لا يصح اقراره عليه فانه لا يستحلف عندهم جميعا لان اليمين لا تفيد فان فائدة اليمين النكول حتى يجعل النكول بذلا او اقرارا فيقضي عليه فاذا كان لا يقضي عليه لو اقر فانه لا يستحلف عندهم جميعا وان كان المدعى قبله بحيث لو اقر لزمه ما اقر به فاذا انكر هل يستحلف على ذلك فالمسئلة على الاختلاف عند ابي حنيفة رح لا يستحلف وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف فان حلف برئ وان نكل عن اليمين لزمه الدعوى فعلى هذا الاصل تخرج مسائل الباب انتهى قال اي القدوري في مختصره ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده وليس للمدعي بينة استحلف المدعى عليه بالاجماع سواء كانت الدعوى في النفس او فيما دونها وهذه المسئلة مذكورة في الجامع الصغير ايضا في كتاب القضاء ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر وهذا اي الحكم المذكور عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لزمه الارش فيهما اي في النفس وفيما دونها لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما لانه ان امتنع عن اليمين تورعا عن اليمين الصادقة لا يكون اقرارا بل يكون بذلا كذا في الكافي فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا اي خاصة اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه اي من جهة من عليه القصاص قيد امتناع القصاص بمعنى من جهة من عليه القصاص لانه لو كان امتناعه من جهة من له القصاص لا يجب القصاص ولا المال ايضا كما اذا اقام مدعي القصاص رجلا وامرأتين او الشهادة

كذا [illegible] الخصم والولي يدعي العمد ولابي حنيفة رح ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف الانفس فانه لو قال اقطع يدي فقطعه لا يجب الضمان وهذا اعمال للبذل الا انه لا يباح لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطعه للاكلة وقلع السن للوجع فاذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس به كما في القسامة **قال** واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلثة ايام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لان فيه نظرا للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره والتقدير بثلثة ايام مروي عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح

على الشهادة حيث لا يقضى بشيء لان الحجة قامت بالقصاص ولكن تعذر استيفاؤه فلا يجب شيء كذا في الشروح ونظير هذا ما اشار اليه المص رح بقوله كما اذا اقر بالخطاء والولي يدعي العمد فانه يجب فيه المال وبالعكس لا يجب شيء ولابي حنيفة رح ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للنفس كالاموال فيجري فيها البذل كما يجري في الاموال بخلاف الانفس حيث لا يجري فيها البذل فانه لو قال اقطع يدي اي لو قال لآخر اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان اي على القاطع وهذا اي عدم وجوب الضمان اعمال للبذل في الاطراف واما لو قال اقتلني فقتله فانه يجب عليه القصاص في رواية والدية في اخرى وهذا دليل على عدم جريان البذل في الانفس ولما استشعر ان يقال لو كانت الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لكان ينبغي ان يباح قطع يده اذا قال اقطع يدي كما يباح اخذ ماله اذا قال خذ مالي اجاب عنه بقوله الا انه لا يباح لعدم الفائدة اي لا يباح القطع لعدم الفائدة فيه كما ان اتلاف المال لا يباح عند عدم الفائدة بان قال الق مالي في البحر او احرقه بالنار وهذا البذل اي الذي بالنكول مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للاكلة وقلع السن للوجع قال صاحب العناية وفيه بحث من وجهين احدهما مناقضته لما قال في السرقة ان القطع لا يثبت بالنكول الثاني ان الخصومة تندفع بالارش وهو اهون فالمصير اليه اولى واجيب عن الاول بان الاطراف يسلك بها مسالك الاموال في حقوق العباد لانهم المحتاجون اليها فيثبت بالشبهات كالاموال والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات وعن الثاني بان دفع الخصومة بالارش انما يصار اليه بعد تعذر ما هو الاصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه انتهى واعترض بعض الفضلاء على قوله في جواب البحث الاول والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات بعد ان بين المراد حيث قال يعني ان في كون النكول بذلا شبهة لكن فيه بحث فانه لو صرح بالبذل في حقوق الله تعالى لا يثبت القطع ايضا فالاولى طرح الشبهة من البين والاكتفاء بعدم تأتي البذل فيها انتهى اقول مدار بحثه على ان يكون المراد بالشبهة ذلك وهو ممنوع اذ يجوز ان يكون المراد ان في كون الاطراف مما يسلك به مسلك الاموال شبهة لاحتمال كونها في حكم الانفس كما ذهب اليه الشافعي رح وبني عليه تجويزه القصاص بين الرجل والمرأة والحر والعبد وبين العبدين فيما دون النفس على ما ياتي في كتاب الجنايات فمع هذه الشبهة لا يتأتى البذل في قطع الاطراف في حقوق الله تعالى بخلاف حقوق العبد فيتم الجواب ثم ان في ذكر هذه الشبهة اشارة الى سبب عدم تأتي البذل فيه في حقوق الله تعالى فكان ذكرها اولى من طرحها والاكتفاء بعدم تأتي البذل فيه كما لا يخفى فاذا امتنع القصاص في النفس اي بالنكول لعدم جريان البذل فيها كما مر واليمين حق مستحق اي الحال ان اليمين حق مستحق يحبس به اي يحبس الناكل بذلك الحق كما في القسامة فانهم اذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا او يحلفوا قال اي القدوري في مختصره واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلثة ايام كيلا يغيب نفسه اي كيلا يغيب خصم نفسه فيضيع حقه اي حق المدعي ويجب ان يكون الكفيل ثقة معروف الدار حتى يحصل فائدة التكفيل وهي الاستيثاق كذا في الكافي وغيره والكفالة بالنفس جائزة عندنا خلافا للشافعي رح وقد مر من قبل اي وقد مر جواز الكفالة بالنفس من قبل اي في اول كتاب الكفالة واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا اعلم ان اخذ الكفيل مما اختلف فيه السلف روي عن قتادة والشعبي انه لا يجوز وروي عن ابراهيم النخعي انه يجوز وهذا هو الاستحسان اخذ به علماؤنا والقياس ان لا يجوز وجه القياس ان مجرد الدعوى ليس بسبب للاستحقاق كيف وقد عارضه المدعى عليه بالانكار فلا يجب عليه اعطاء الكفيل ووجه الاستحسان ما ذكره بقوله لان فيه اي في اخذ الكفيل نظرا للمدعي اذ لا يغيب خصمه فيتمكن من اقامة البينة عليه وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه اي على المدعى عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه من الاعداء على لفظ المجهول يقال استعدى فلان الامير على من ظلمه اي استعان به فاعداه الامير عليه اي اعانه الامير عليه ونصره منه قول الشاعر ونستعدي الامير اذا ظلمنا، ومن يعدي اذا ظلم الامير، كذا في النهاية وغيرها ويحال بينه وبين اشتغاله من الحيلولة على لفظ المجهول ايضا فيصح التكفيل باحضاره بمجرد الدعوى والتقدير بثلثة ايام مروي عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح

القياس

ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة **قال** فان فعل والا امر بملازمته كيلا يذهب حقه الا ان يكون غريبا فيلازم مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس فالاستثناء منصرف اليهما لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

قال واليمين بالله دون غيره لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وقال عليه السلام من حلف بغير الله فقد اشرك

احترازعما روي عن ابي يوسف رح انه يوخذ الكفيل الى المجلس الثاني ولا فرق في الظاهر اي في ظاهر الرواية بين الخامل والوجيه يقال خمل الرجل خمولا اذا كان ساقط القدر والحقير من المال والخطير اي وبين الحقير من المال والخطير اي الشريف وعن محمد رح انه اذا كان معروفا والظاهر من حاله انه لا يخفي نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل وكذا لو كان المدعي حقيرا لا يخفي المرء نفسه لذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر اي معنى قوله حاضرة حاضرة في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب بفتحتين مخففة الياء او بضم العين مشددة الياء لا يكفل اي لا يكفل خصمه لعدم الفائدة وهي الحضور عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال والغائب كالهالك من وجه اذ ليس كل غائب يؤب قال اي القدوري في مختصره فان فعل اي فان اعطى خصمه الكفيل فيها والا اي وان لم يعط امر بملازمته اي امر المدعي بملازمة خصمه كيلا يذهب حقه اي حق المدعي الا ان يكون غريبا على الطريق اي الا ان يكون المدعى عليه غريبا على الطريق اي مسافرا فيلازم اي فيلازم المدعي المدعى عليه مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس اي وكذا لا يكفل المدعى عليه اذا كان مسافرا الا الى آخر مجلس القاضي فالاستثناء منصرف اليهما اي الاستثناء المذكور في مختصر القدوري بقوله الا ان يكون غريبا منصرف الى التكفيل والملازمة جميعا لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اي على مقدار مجلس القاضي اضرارا به اي بالمدعى عليه بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار اي في مقدار مجلس القاضي ظاهرا اي من حيث الظاهر لان بهذا القدر لا ينقطع عن الرفقة فاذا جاء وان قيام القاضي عن مجلسه ولم يحضر المدعي بينة فان القاضي يحلف المدعى عليه ويخلي سبيله ليذهب حيث شاء فان اختلف الطالب والمطلوب فقال المطلوب انا مسافر وقال الطالب انه لا يريد السفر تكلموا فيه باقوال قال بعضهم القول قول المدعي لانه متمسك بالاصل فان الاصل هو الاقامة والسفر عارض فيكون القول قول من تمسك بالاصل وقال بعضهم القاضي يسأله مع من يريد السفر فان اخبره مع فلان فالقاضي يبعث الى الرفقة امينا من امنائه يسأل ان فلانا هل استعد للخروج معكم فان من اراد السفر لا بد من ان يكون مستعدا لذلك قال الله تعالى ولو ارادوا الخروج لاعدوا له عدة فان قالوا نعم قد استعد لذلك انضم قولهم الى قوله فيقبل قوله في ذلك فيمهله الى آخر المجلس فان احضر المدعي بينة في هذه المدة والا خلى سبيل المطلوب ان لم يعلموا من حاله شيئا نعلم انه يبقى ثلثة ايام لا يجل لاستعداد فعلنا بانه يجبر على اعطاء الكفيل ثلثة ايام كذا في غاية البيان قال المص رح وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى والذي يذكره المصنف رح هناك هو انه يدور معه اينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس ولو دخل داره لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة انتهى وقال في الفتاوى الصغرى وتفسير الملازمة ان يدور معه حيث دار ويبعث امينا حتى يدور معه اينما دار لكن لا يجلسه في موضع لان ذلك حبس وهو غير مستحق عليه بنفس الدعوى ولا يشغله عن التصرف بل هو يتصرف والمدعي يدور معه واذا انتهى المطلوب الى داره فان الطالب لا يمنعه من الدخول على اهله بل يدخل المطلوب على اهله والطالب الملازم يجلس على باب داره ثم قال رايت في الزيادات في الباب الخامس والاربعين ان المطلوب اذا اراد ان يدخل بيته فاما ان ياذن المدعي بالدخول معه او يجلس معه على باب الدار لانه لو تركه حتى دخل الدار وحده فربما يهرب من جانب آخر فيفوت ما هو المقصود من الملازمة انتهى

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف لما ذكر نفس اليمين اي في اي موضع يحلف ذكر في هذا الفصل صفتها لان كيفية الشيء وهي ما يقع به المشابهة والملاءمة صفته والصفة تقتضي سبق الموصوف قال اي القدوري في مختصره واليمين بالله تعالى دون غيره لقوله عليه الصلوة والسلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر اقول ههنا كلام وهو انه قال في كتاب الايمان اليمين بالله او باسم آخر من اسماء الله كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه وهذا صريح في ان اليمين كما يكون بالله تعالى يكون ايضا بصفاته التي يحلف بها في المتعارف والحصر المستفاد من قوله ههنا واليمين بالله تعالى دون غيره يقتضي اختصاص اليمين بالله تعالى وايضا قال هناك ان قال ان فعلت هذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا والحصر المستفاد ههنا ينافيه ايضا

وقد يؤكد بذكر اوصافه وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر والخفاء ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله ان يزيد في التغليظ على هذا وله ان ينقص منه الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لان المستحق يمين واحدة والقاضي بالخيار ان شاء غلظ وان شاء لم يغلظ فيقول قل بالله او والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير قال ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي ان يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق قال ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التوراة

ويمكن ان يجاب عن الاول بانه قد اشتهر من مذهب اهل السنة ان صفات الله تعالى ليست عين الذات ولا غيرها فعلى هذا لا ينافي قوله دون غيره صحة اليمين بصفاته المذكورة ولا ينافيها ايضا اختصاص اليمين بالله تعالى بمعنى لا بغيره كما يفيده قوله دون غيره وعن الثاني بان اليمين في الصورة المذكورة وان لم يكن بالله تعالى في ظاهر الحال الا انها كانت به في المآل فتامل وفي المبسوط ان الحر والمملوك والرجل والمرأة والفاسق والصالح والكافر والمسلم في اليمين سواء لان المقصود هو القضاء بالنكول وهؤلاء في اعتقاد الحرمة في اليمين الكاذبة سواء كذا في النهاية ومعراج الدراية قال وقد تؤكد اي اليمين بذكر اوصافه اي بذكر اوصاف الله تعالى هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله اي وللقاضي ان يزيد في التغليظ على هذا اي على المذكور وله ان ينقص منه من المذكور لان المقصود منها الاستخراج النكول واحوال الناس فيه مختلفة منهم من يمتنع اذا غلظ عليه اليمين ويتجاسر اذا حلف بالله فقط ثم منهم من يمتنع بادنى التغليظ ومنهم من لا يمتنع الا بزيادة تغليظ فللقاضي ان يراعي احوال الناس والاصل فيه حديث ابي هريرة رض في الذي حلف بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال والله الذي لا اله الا هو الرحمن الرحيم الذي انزل عليك الكتاب ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين والمراد بالاحتياط ان يذكر بغير واو واذ لو ذكر والله والرحمن الرحيم بالواوات صارت ثلثة ايمان وتكرار اليمين غير مشروع كذا في النهاية نقلا عن المبسوط لان المستحق عليه يمين واحدة فلا يزاد عليها وان شاء القاضي لم يغلظ فيقول بالله او والله لما مر ان المقصود من اليمين النكول واحوال الناس فيه شتى فمنهم من يمتنع بدون التغليظ فلا يحتاج اليه فالرأي فيه الى القاضي وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح اذ الظاهر منه ان يمتنع بدون التغليظ ويغلظ على غيره لكون امره على خلاف الاول وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير لمثل ما قلنا في القيل الاول قال اي القدوري في مختصره ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وهو قوله عليه الصلوة والسلام من كان حالفا فليحلف بالله او ليذر وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي ان يحلف بذلك اي بالطلاق او بالعتاق لقلة المبالاة باليمين بالله اقول يرد عليه ان هذا التعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه السلام من كان حالفا فليحلف بالله او ليذر فلا يصح على ما عرف في موضعه وفي فتاوى قاضيخان وان اراد المدعي تحليفه بالطلاق والعتاق في ظاهر الرواية لا يجيبه القاضي الى ذلك لان التحليف بالطلاق والعتاق ونحو ذلك حرام وبعضهم جوزوا ذلك في زماننا والصحيح ظاهر الرواية انتهى وفي الذخيرة التحليف بالطلاق والعتاق والايمان المغلظة لم يجوزه اكثر مشائخنا واجازه البعض فيفتى بانه يجوز ان الضرورة واذا بالغ المستفتي في الفتوى يفتى بان الراي الى القاضي انتهى وفي فصول الاستروشني ولو حلف القاضي بالطلاق فنكل لا يقضي عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهي عنه شرعا انتهى وفي الخلاصة التحليف بالطلاق والعتاق والايمان المغلظة لم يجوزه اكثر مشائخنا فان مست الضرورة يفتى ان الراي الى القاضي فلو حلف القاضي بالطلاق فنكل وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه انتهى اقول قد تلخص من هذه المذكورات كلها ان للقاضي ان يحلف بالطلاق والعتاق عند الحاح الخصم وان يفتى بجواز ذلك ان مست الضرورة ولكن ليس له ان يقضي بالنكول عنه وان قضى به لا ينفذ قضاؤه وعن هذا قال صاحب الغاية ولكنهم قالوا ان نكل عن اليمين به لا يقضي عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهي عنه شرعا ولو قضى به لا ينفذ قضاؤه انتهى لكن فيه اشكال لان فائدة التحليف القضاء بالنكول فاذا لم يجز القضاء بالنكول عما ذكر فكيف يجوز التحليف به الا يرى الى ما مر في بيان دليل ابي حنيفة رحمه الله على عدم جواز الاستحلاف في الاشياء المعدودة عنده من ان النكول بذل والبذل لا يجري في هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف فيها حيث جعلوا عدم ترتب فائدة الاستحلاف وهو القضاء بالنكول علة لعدم جواز الاستحلاف في الاشياء المذكورة عنده فتامل قال اي القدوري في مختصره ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التوراة

على موسى عليه السلام والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عليه السلام لقوله صلى الله عليه وآله وسلم لابن صوريا الاعور انشدك بالله الذي انزل التوراة على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني نبوة عيسى عليهما السلام فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه ويستحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وهكذا ذكر محمد في الاصل ويروى عن ابي حنيفة رح في النوادر انه لا يستحلف احد الا بالله خالصا وذكر الخصاف رح انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لان في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي ان تعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله معظمة والوثني لا يحلف الا بالله لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله **قال** ولا يحلفون في بيوت عباداتهم لان القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك **قال** ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع **قال** ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت

على موسى عليه السلام والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عليه السلام لقوله اي لقول نبينا عليه الصلوة والسلام لابن صوريا الاعور وفي المغرب ابن صوريا بالقصر اعجمي انشدك بالله الذي انزل التوراة على موسى عليه السلام ان حكم الزنا في كتابكم هذا اي التحميم هذا الحديث اخرجه مسلم في الحدود وسنده الى البراء بن عازب رضي الله عنه قال مر النبي عليه السلام بيهودي محمم مجلود فدعاهم فقال هكذا تجدون حد الزاني في كتابكم قالوا نعم فدعا رجلا فقال نشدتك الله الذي انزل التوراة على موسى عليه السلام هكذا تجدون حد الزاني في كتابكم فقال اللهم لا ولولا انك نشدتني بهذا لم اخبرك نجد حد الزاني في كتابنا الرجم ولكنه كثر في اشرافنا فكنا اذا اخذنا الرجل الشريف تركناه واذا اخذنا الضعيف اقمنا عليه الحد فقلنا تعالوا فلنجتمع على شيء نقيمه على الشريف والوضيع فاجتمعنا على التحميم والجلد وتركنا الرجم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم اني اول من احيى امرك اذ اماتوه فامر به فرجم وقال شراحه وهذا الرجل هو عبد الله بن صوريا وقد صرح باسمه في سنن ابي داود عن سعيد عن قتادة عن عكرمة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يعني لابن صوريا الحديث وهذا مرسل ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى عليه السلام والنصراني نبوة عيسى عليه السلام اي يعتقد نبوة عيسى عليه السلام فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه ليكون رادعا له عن الاقدام على اليمين الكاذبة ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار هكذا ذكره محمد رح في الاصل وذلك لان المجوسي يعتقد الحرمة في النار فيمتنع عن اليمين الكاذبة فيحصل المقصود ويروى عن ابي حنيفة رح انه لا يستحلف احد الا بالله خالصا تفاديا عن تشريك الغير معه في التعظيم وذكر الخصاف انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لان في ذكر النار مع اسم الله تعظيمها وما ينبغي ان تعظم لان النار كغيرها من المخلوقات فكما لا يستحلف المسلم بالله الذي خلق الشمس فكذلك لا يستحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وفي المبسوط وكانه وقع عند محمد رح انهم يعظمون النار تعظيم العبادة فللمقصود بالنكول قال فذكر ذلك في اليمين انتهى بخلاف الكتابين اي التوراة والانجيل لان كتب الله تعالى معظمة فجاز ان تذكر مع اسم الله تعالى والوثني لا يحلف الا بالله لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله تعالى قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله لا يقال لو كانوا يعتقدون الله تعالى لم يعبدوا الاوثان لانا نقول انما يعبدونها تقربا الى الله تعالى على زعمهم الا يرى الى قوله تعالى حكاية عنهم ما نعبدهم الا ليقربونا الى الله زلفى واذا ثبت انهم يعتقدون الله تعالى يمتنعون عن الاقدام على اليمين الكاذبة بالله تعالى فيحصل الفائدة المطلوبة من اليمين وهي النكول قال اي القدوري في مختصره ولا يحلفون في بيوت عباداتهم لان القاضي لا يحضرها اي لا يحضر بيوت عباداتهم للحرج بل هو ممنوع عن ذلك لان فيه تعظيم ذلك المكان والحالف ليقع بالله تعالى الا ترى انه لو كان حلفه جاز وفي الاجناس قال في المأخوذ للحسن وان سأل المدعي القاضي ان يبعث به الى بيعة او كنيسة فيحلفه هنالك فلا بأس ان يفعل اذا اتهمه كذا في غاية البيان قال اي القدوري في مختصره ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك اي بدون تعيين الزمان والمكان وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها اي حضور الازمان المعينة والاماكن المخصوصة وهو مدفوع اي الحرج مدفوع بالنص وقال الشافعي رح اذا كانت اليمين في قسامة او في لعان او في مال عظيم فانها تختص بمكان ان كان بمكة فبين الركن والمقام وان كان بالمدينة فعند قبر النبي عليه الصلوة والسلام وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلاد في الجوامع وكذلك يشترط يوم الجمعة بعد العصر كذا في النهاية نقلا عن المبسوط وشرح الاقطع قال اي القدوري في مختصره ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت يعني يستحلف على الحاصل دون السبب واعلم ان هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على الحاصل والسبب والضابط في ذلك ان السبب اما ان كان مما يرتفع برافع او لا فان كان الثاني فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف على الحاصل عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعلى السبب عند ابي يوسف رح الا اذا عرض المدعى عليه بذلك السبب

لانه قد يباع العين ثم يقال فيه ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت لانه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال لانه قد يطرء عليه الخلع وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح اما على قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب الا اذا عرض المدعى عليه بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع برافع الا اذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ

وسنذكره في الكتاب قال المص رح في تعليل المسألة المذكورة لانه قد يباع العين ثم يقال فيه من الاقالة اي يطرء عليه الاقالة فلا يبقى البيع على حاله فلو استحلفه على السبب الذي هو البيع ههنا لتضرر به فاستحلف على الحاصل دفعا للضرر عنه ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده اي رد المدعي ولا يحلف بالله ما غصبت هذا ايضا من قول القدوري في مختصره قال المص رح في تعليله لانه قد يغصب اي قد يغصب الشيء ثم يفسخ اي يفسخ الغصب بالهبة والبيع فلو حلف المدعى عليه على السبب الذي هو الغصب ههنا لتضرر به فيحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال وهذا ايضا من قول القدوري قال صاحب النهاية واكثر الشراح هذا على قولهما لما ان الاستحلاف في النكاح قولهما اقول الاولى ان يقال هذا على قول محمد رح لان الاستحلاف في النكاح مطلقا وان كان يجري على قولهما معا الا ان الاستحلاف فيه على الوجه المذكور وهو الاستحلاف على الحاصل انما يجري على قول محمد رح فقط اذ الاستحلاف فيه على قول ابي يوسف رح انما هو على السبب كما يتنادى عليه قول المص رح فيما سياتي اما على قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب نعم سيقول المص رح هناك ايضا الا اذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل لكن الكلام ههنا في الاستحلاف على الحاصل مطلقا اي سواء عرض او لم يعرض يدل عليه قطعا بيان الخلاف فيه بقوله وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اما على قول ابي يوسف رح اذ الاختلاف في صورة التعريض قال المص رح في التعليل لانه قد يطرء عليه الخلع اي يطرء على النكاح الخلع فلو حلف على السبب الذي هو اصل النكاح ههنا لتضرر به فيحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها وهذا ايضا من قول القدوري وكانه زاد ذكر الدعوى في هذه المسألة التي هي اخرى المسائل المتناسبة المذكورة ههنا اشارة الى انها معتبرة في المسائل السابقة ايضا الا انه اكتفى فيها اعتمادا على الفهم بمعونة المقام قال المص رح في تعليل هذه المسألة لان النكاح قد يجدد بعد الابانة وفرع على جملة ما ذكره في تلك المسائل قوله فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه على ما مر تقريره وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اي التحليف على الحاصل في الوجوه المذكورة قولهما قال بعض العلماء ههنا كلام وهو انه لا يحلف في النكاح عند ابي حنيفة رح فلا يكون التحليف فيه على الحاصل عنده كما لا يخفى انتهى اقول هذا ظاهر ولكن الظاهر ايضا ان يحمل كلام المص رح هذا على التغليب اي تغليب حكم سائر الوجوه على حكم وجه النكاح اعتمادا على ظهور عدم جريان الاستحلاف في النكاح عنده مما مر ثم ان بعض الفضلاء قصد توجيه الكلام ودفع الاعتراض عن المقام حيث قال اي التحليف على الحاصل قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وليس معناه ان التحليف على الحاصل في جميع الامور المذكورة قول ابي حنيفة رح حتى يعترض عليه بانه مخالف لما سبق من انه لا يحلف عنده في النكاح انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان قول المص رح اما على قول ابي يوسف رحمه الله يحلف في جميع ذلك على السبب يابى ما قاله هذا القائل اذ قد صرح المص رح ههنا بلفظ الجميع تعيينا لكون الخلاف بين ابي يوسف رح وصاحبيه في جميع الوجوه المذكورة لا في كيفية التحليف في الجملة فتدبر اما على قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك اي في جميع ما ذكر من الوجوه على السبب الا اذا عرض بما ذكرنا اي الا اذا عرض المدعى عليه بما ذكرناه من ارتفاع السبب وصفة التعريض ان يقول المدعى عليه للقاضي اذا عرض القاضي اليمين عليه بالله لا يجب ايها القاضي ان الانسان قد يبيع شيئا ثم يقيل فيه وعلى هذا في اخوات البيع فحينئذ يحلف على الحاصل اي فحينئذ يلزم القاضي الاستحلاف على حكم الشيء في الحال وصار العدول عن اليمين على مقتضى الدعوى حقا للمدعى عليه حين طالب به كذا في النهاية نقلا عن شرح الاقطع وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه اي روي عنه انه ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل في فتاوى قاضيخان قال شمس الائمة هذا احسن الاقاويل عندي وعليه اكثر القضاة وفي الكافي قال فخر الاسلام يفوض الى راي القاضي والحاصل هو الاصل عندهما اي التحليف على الحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا اي اذا كان سبب ذلك سببا يرتفع برافع الا اذا كان فيه اي في التحليف على الحاصل ترك النظر في جانب المدعي

يحلف على السبب بالاجماع وذلك مثل ان تدعي مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها لانه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي وان كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر لانه يتكرر الرق عليها بالردة واللحاق وعليه بنقض العهد واللحاق ولا يتكرر على العبد المسلم **قال** ومن ورث عبدا وادعاه آخر يستحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة

يحلف على السبب بالاجماع وذلك اي ما كان في التحليف على السبب فيه ترك النظر في جانب المدعي مثل ان تدعي مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها اي لا يرى نفقة العدة للمبتوتة او ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها بان كان شافعيا لانه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي فان قيل في التحليف على السبب ضرر بالمدعى عليه ايضا لجواز انه اشترى ولا شفعة له بان سلم او سكت عن الطلب قلنا القاضي لا يجد بدا من الحاق الضرر باحدهما فكان مراعاة جانب المدعي اولى لان السبب الموجب للحق وهو الشراء اذا ثبت ثبت الحق له وسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض كذا ذكره الصدر الشهيد في ادب القاضي كذا في النهاية ومعراج الدراية وان كان سببا اي ان كان سبب ذلك سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه وجحد المولى فانه يحلف على السبب بالله ما اعتقه لانه لا ضرورة الى التحليف على الحاصل اذ لا يجوز ان يعود رقيقا بعد الاعتاق كيف ولو تصور عود الرق فانما يتصور على تقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد ولا يمكن ذلك بالنسبة الى العبد المسلم لانه يقتل بالارتداد بخلاف الامة والعبد الكافر حيث يحلف فيهما على الحاصل اي ما هي حرة او ما هو حر في الحال كذا في الكافي لانه يتكرر الرق عليها اي على الامة بالردة واللحاق بدار الحرب والسبي وعليه اي يتكرر الرق على العبد الكافر بنقض العهد واللحاق بدار الحرب والسبي ايضا ولا يتكرر على العبد المسلم لما ذكرناه آنفا **قال** اي محمد رح في الجامع الصغير في كتاب القضاء ومن ورث عبدا وادعاه آخر ولا بينة له استحلف اي الوارث على علمه اي بالله ما يعلم ان هذا عبد المدعي لانه لا علم له اي للوارث بما صنع المورث فلا يحلف على البتات اذ لو حلفنا عليه لا تمتنع عن اليمين مع كونه صادقا فيها فيتضرر به كذا في الكافي وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات يعني ان وهب له عبد او اشتراه وادعاه آخر ولا بينة له يحلف على البتات لوجود المطلق اي المجوز لليمين اي لليمين على البتات اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة فان قيل بهذا التعليل لا يقع الفرق بين الارث وغيره فان الارث ايضا سبب موضوع للملك شرعا كالهبة فكيف يستحلف فيه على العلم قلنا ان معنى قوله الشراء سبب لثبوت الملك وضعا ان ذلك سبب يثبت الملك باختيار المشتري ومباشرته ولو لم يعلم ان المشتري ان العين الذي اشتراه ملك البائع لما باشر الشراء اختيارا وكذا الموهوب له في قبول الهبة بخلاف الارث فانه يثبت الملك للوارث جبرا من غير اختياره ولا علم له بحال ملك المورث فلذلك يحلف الوارث بالعلم والمشتري والموهوب له بالبتات كذا في الشروح ثم اعلم ان هذا نوع آخر ايضا من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم او البتات والضابط في ذلك ان التحليف ان كان على فعل نفسه يكون على البتات وان كان على فعل غيره يكون على العلم فان قيل انى يستقيم على هذا لو ادعى عليه رجل اباق عبد قد باعه والمدعى عليه ينكر الاباق فانه يحلف عليه على البتات مع ان الاباق فعل غيره قلنا المدعي يدعي عليه تسليم غير السليم عن العيب وهو ينكره وانه فعل نفسه كذا في الكافي قال الامام الاسروشني في الفصل الثاني من فصوله واما كيفية التحليف فنقول ان وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من كل وجه بان ادعى على رجل انك سرقت هذا العين مني او غصبت هذا العين مني يستحلف على البتات وان وقعت الدعوى على فعل الغير من كل وجه يحلف على العلم حتى لو ادعى دينا على ميت بحضرة وارثه بسبب الاستهلاك او ادعى ان اباك سرق هذا العين مني او غصب هذا العين مني يحلف على العلم وهذا مذهبنا قال شمس الائمة الحلواني هذا الاصل مستقيم في المسائل كلها ان التحليف على فعل الغير يكون على العلم الا في الرد بالعيب يريد به ان المشتري اذا ادعى ان العبد سارق او آبق واثبت اباقه او سرقته في يد نفسه وادعى انه ابق او سرق في يد البائع واراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما ابق بالله ما سرق في يدك وهذا تحليف على فعل الغير وهذا لان البائع ضمن تسليم المبيع سليما عن العيوب والتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيكون على البتات وكان فخر الاسلام البزدوي يزيد على هذا الاصل حرفا وهو ان التحليف على فعل نفسه على البتات وعلى فعل الغير على العلم الا اذا كان شيئا يتصل به فحينئذ يحلف على البتات فخرج على هذا فصل الرد بالعيب لان ذلك مما يتصل به لان تسليم العبد سليما واجب على البائع فان وقعت الدعوى على

قال ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه او صالحه منها على عشرة دراهم فهو جائز وهو ماثور عن عثمان رضي الله عنه

فعل المدعى عليه من وجه وعلى فعل غيره من وجه بان قال اشتريت مني استقرضت مني استاجرت مني فان هذه الافعال فعله وفعل غيره فانها تقوم باثنين ففي هذه الصور يحلف على البتات وقد قيل ان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا قال الذي استحلف لا علم لي بذلك فاما اذا قال لي علم بذلك يحلف على البتات الا يرى ان المودع اذا قال قبض صاحب الوديعة الوديعة مني فانه يحلف المودع على البتات وكذا الوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشتري ثم اقر البائع ان الموكل قبض الثمن وجحد الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه فاذا حلف برئ المشتري ويحلف الوكيل على البتات بالله لقد قبض الموكل وهذا تحليف على فعل الغير ولكن الوكيل يدعي ان له علما بذلك فانه قال قبض الموكل وكان له علم بذلك فيحلف على البتات الى هنا لفظ الفصول كذا في غاية البيان وذكر الامام اللامشي ان في كل موضع وجبت اليمين على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا واذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول ولو وجبت على العلم فحلف على البتات سقط عنه الحلف على العلم ولو نكل يقضى عليه لان الحلف على البتات اقوى كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفصول وقال بعض الفضلاء قال الزيلعي اخذا من النهاية ثم في كل موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه وفي كل موضع وجب فيه اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط عنه اليمين على العلم ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس انتهى وفيه بحث اما اولا فلان قوله لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ليس كما ينبغي بل اللائق ان يقضى بالنكول فانه اذا نكل عن الحلف على العلم ففي الحلف على البتات اولى والجواب المنع لجواز ان يكون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذرا عن التكرار واما ثانيا فلان قوله ويقضى عليه اذا نكل محل تامل فانها اذا لم يجب عليه كيف يقضى عليه اذا نكل الى هنا كلام ذلك القائل واقول بحثه الثاني متوجه في الظاهر ولكنه ليس مستقلا بايراده بل قد سبقه اليه بعض العلماء حيث ذكر في النهاية وقال فيه كلام وهو ان الظاهر عدم الحكم بالنكول لعدم وجوب اليمين على البتات كما لا يخفى انتهى وقد سبقهما اليه الامام عماد الدين حيث قال في فصوله ورايت فيما كتبت من نسخته المحيط في فصل المتفرقات من ادب القاضي منه في كل موضع وجب اليمين على البتات فحلف القاضي على العلم لا يكون معتبرا واذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول ولو وجب على العلم فحلفه على البتات يسقط عنه الحلف لان البتات اقوى ولو نكل عنه يقضى عليه قلت وهذا الفرع مشكل انتهى ولا يخفى ان مراده بهذا الفرع هو قوله ولو نكل عنه يقضى عليه وان وجه الاشكال توجيه ما ذكراه واما بحثه الاول وجوابه فمنظور فيهما اما البحث الاول فلان اللازم من النكول عن الحلف على العلم ان فهم نكوله عن الحلف على البتات لو حلف عليه لان تحقق النكول عن الحلف على البتات بالفعل الذي من اسباب القضاء هو الثاني دون الاول كما لا يخفى واما الجواب فلانه لو علم بيقين كون نكوله الا لعلمه بعدم فائدة النكول اليمين على الحكم فالحكم ايضا ما ذكر ولا يجري الجواز المذكور هناك على انه لا وجه لقوله فلا يحلف حذرا عن التكرار اذ المحذور تكرار التحليف لا تكرار الحلف كما لا يخفى قال اي محمد رح في الجامع الصغير في كتاب القضاء ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه اي افتدى الآخر عن يمينه او صالحه منها اي صالح الآخر المدعي من اليمين على عشرة دراهم مثلا فهو اي الافتداء او الصلح جائز فالافتداء قد يكون بمال هو مثل المدعى وقد يكون بمال هو اقل من المدعى واما الصلح من اليمين فانما يكون على مال اقل عن المدعى في الغالب لان الصلح ينبئ عن الحطيطة وكلاهما مشروع كذا في النهاية ومعراج الدراية وهو اي الافتداء عن اليمين ماثور عن عثمان رضي الله عنه قال صاحب الغاية ولفظ الكتاب يشير الى انه كان مدعى عليه ذكر في الفوائد الظهيرية انه ادعى عليه اربعون درهما فاعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل الا تحلف وانت صادق فقال اخاف ان يوافق قدر يمينى فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر ان مقداد بن الاسود استقرض من عثمان رض سبعة آلاف درهم ثم قضاه اربعة آلاف درهم فترافعا الى عمر رض في خلافته فقال المقداد ليحلف يا امير المؤمنين ان الامر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر رض لعثمان رض انصفك المقداد احلف انها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان رض

ولیس له ان یستحلف علی تلك الیمین ابدا لانه اسقط حقه

باب التحالف

قال واذا اختلف المتبایعان فی البیع فادعی احدهما ثمنا وادعی البائع اکثر منه او اعترف البائع بقدر من المبیع وادعی المشتری اکثر منه

فلما خرج المقداد قال عثمان رض لعمر رض انها کانت سبعة آلاف قال فما منعك ان تحلف وقد جعل ذلك الیك فقال عثمان رض عند ذلك ما قال فیکون دلیلا للشافعی رح علی جواز رد الیمین علی المدعی والجواب انه کان یدعی الایفاء علی عثمان رض وبه نقول انتهی وقال بعض الفضلاء فیه نظر لان المقداد اذ قضاه اربعة آلاف کیف قال عثمان رض انها کانت سبعة آلاف ثم ان القصة الصادرة لیست مما نحن بصدده اذ لیس فیها الا النکول لا الافتداء والصلح انتهی واقول نظیره ساقط فنشیه انما نشقه الاول فلان معنی قول عثمان رض انها کانت سبعة آلاف انها کانت فی الاصل سبعة آلاف کما یرشد الیه لفظ کانت لا ان الباقیة فی ذمته الآن سبعة آلاف ولا یخفی ان قضاء اربعة آلاف انما ینافی الاول دون الثانی فان قلت یشکل حینئذ قوله والجواب انه کان یدعی الایفاء علی عثمان رض اذ النزاع ح یکون فی الایفاء لا فی دون مقدار اصل القرض کما ذکرت قلت المراد به انه کان یدعی ایفاء تمام الدین وهو اربعة آلاف علی عثمان رضی الله عنه وهو ینکر ذلك ویقول بل وفیت البعض منه وهو اربعة آلاف وبقی البعض منه فی ذمتك وهو ثلثة آلاف فح یکون النزاع فی الایفاء فرع النزاع فی اصل مقدار القرض فتسلم القصة عن تعارض طرفیها کما توهمه الناظر ویخرج الجواب عما قاله الشافعی رح واما نشقه الثانی فلانه لم یدع احد ان القصة مما نحن بصدده بل صرحوا بان عثمان رضی الله عنه کان مدعیا فی هذه القصة لیصلح ان یتخذه الشافعی رح دلیلا علی مذهبه وهو جواز رد الیمین علی المدعی وان امکن الجواب عنه من قبلنا وانما کان مدعی علیه ومفتدیا عن یمینه بمال فی روایة مذکورة فی الفوائد الظهیریة والمقصود البنیة علی ان قول المصنف وهو ماثور عن عثمان رضی الله عنه انما یتم علی روایة بعض الکتب دون روایة بعضها وقد اشار الیه صاحب العنایة حیث قال اولا ولفظ الکتاب یشیر الی انه کان مدعی علیه فذکر ما ذکر فی الفوائد الظهیریة ثم نقل هذه القصة فقال فیکون دلیلا للشافعی رح علی جواز رد الیمین علی المدعی واعلم ان صاحب النهایة قد اوضع المرام بتفصیل الکلام فی هذا المقام فقال قد اختلفت روایات الکتب فی ان عثمان رضی الله عنه کان مدعی علیه فی ذلك او مدعیا ففی الفتاوی الظهیریة انه اذا ادعی علیه اربعون درهما فاعطی شیئا وافتدی یمینه ولم یحلف فقیل الا تحلف وانت صادق فقال اخاف ان یوافق قدر یمینی فیقال هذا بسبب یمینه الکاذبة وذکر فی الباب الاول من دعوی المبسوط فی احتجاج الشافعی رح فی مسئلة رد الیمین علی المدعی ان عثمان رضی الله عنه کان مدعیا فقال وحجته فی رد الیمین علی المدعی ما روی ان عثمان رض ادعی مالا علی المقداد بین یدی عمر رضی الله عنه الی ان قال فتحلف لی عثمان رض وذکر الامام المحبوبی رح تمام القصة فقال روی ان مقداد بن الاسود استقرض من عثمان رضی الله عنه سبعة آلاف درهم ثم قضاه اربعة آلاف درهم فترافعا الی عمر رضی الله عنه فی خلافته فقال المقداد یا امیر المؤمنین ان الامر کما یقول ولیاخذ سبعة آلاف فقال عمر رض لعثمان رض انصفك المقداد لیحلف انها کما تقول وخذها فلم یحلف عثمان رض فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر رضی الله تعالی عنهما انها کانت سبعة آلاف قال فما منعك ان تحلف وقد جعل ذلك الیك فقال عثمان رض عند ذلك ما قاله ثم قال فی المبسوط وتاویل حدیث المقداد انه ادعی علی الایفاء علی عثمان رض وبه نقول الی هنا کلام صاحب النهایة ولیس له ان یستحلف علی تلك الیمین ای لیس للمدعی ان یستحلف المدعی علیه علی تلك الیمین التی افتدی عنها او صالح عنها علی مال ابدا ای سواء وقت من الاوقات لانه اسقط حقه ای لان المدعی اسقط حقه فی یمین المدعی علیه بالافتداء والصلح بخلاف ما لو اشتری یمینه بعشرة دراهم فانه لم یجز وکان له ان یستحلفه لان الشراء عقد تملیك المال بالمال والیمین لیست بمال کذا فی الشروح وسائر المعتبرات

باب التحالف لما ذکر حکم یمین الواحد شرع فی بیان حکم یمین الاثنین لان الاثنین بعد الواحد طبعا فراعاه فی الوضع لیناسب الوضع الطبع قال ای القدوری فی مختصره واذا اختلف المتبایعان فی البیع فادعی احدهما ای المشتری ثمنا بان قال مثلا اشتریته بمائة وادعی البائع اکثر منه بان قال بعته بمائة وخمسین او اعترف البائع بقدر من المبیع بان قال مثلا المبیع کر من الحنطة وادعی المشتری اکثر منه بان قال هو کران من الحنطة والحاصل اذا وقع الاختلاف بینهما

واقام احدهما البينة قضى له بها لان فى الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض فى الزيادة ولو كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع اولى فى الثمن وبينة المشترى اولى فى المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشترى اما ان ترضى بالثمن الذى ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشترى من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر

فى قدر الثمن كما فى الصورة الاولى او فى قدر المبيع كما فى الصورة الثانية فاقام احدهما البينة قضى له بها اى بالبينة لان فى الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها لان البينة توجب الحكم على القاضى ومجرد الدعوى لا يوجبه عليه وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات اى وضعت فى الشرع للاثبات فكل ما كان اكثر اثباتا كان اولى ولا تعارض فى الزيادة لان البينة المثبتة للاقل لا تتعرض للزيادة فكانت البينة المثبتة للزيادة سالمة عن المعارض كذا فى غاية البيان قال تاج الشريعة فان قلت البينة التى تثبت الاقل تنفى الزيادة لانها تثبت ان كل الثمن هذا القدر قلت المثبتة للزيادة تثبتها قصدا وتلك لا تنفيها قصدا فكانت الاولى اولى لما قامت بينهما معارضة انتهى اقول جوابه هذا وان كان صحيحا فى نفسه الا انه غير مطابق لظاهر تقرير المص رح فان المفهوم منه انتفاء التعارض بين البينتين فى الزيادة والمفهوم من هذا الجواب تحقق التعارض بينهما فى الزيادة ومع رجحان البينة المثبتة للزيادة على البينة النافية لها فتامل ولو كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا بان قال البائع مثلا بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشترى بعتنيها وهذا العبد معها بخمسين دينار واقاما بينة فبينة البائع اولى فى الثمن وبينة المشترى اولى فى المبيع نظرا الى زيادة الاثبات فالجارية والعبد جميعا للمشترى بمائة دينار فى المثال المذكور وقيل هذا قول ابى حنيفة رح آخرا وكان يقول اولا وهو قول زفر رح يقضى للمشترى بمائة وخمسة وعشرين دينارا نظير هذه المسئلة فى الاجارات كذا فى الشروح ثم المراد من قوله ولو كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا اى فى قدرهما على ما ذكرنا من صورة المسئلة واما اذا اختلفا فى جنس الثمن واقاما البينة فالبينة من الاتفاق على قوله كما لو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشترى اشتريتها منك بمائة دينار واقاما البينة لزم البيع بالعبد وتقبل بينة البائع دون حق المشترى لان حق المشترى فى الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف فى حق البائع فبينته على حقه اولى بالقبول ولانه يثبت ببينة الحق لنفسه فى العبد والمشترى ينفى ذلك والبينات للاثبات لا للنفى كذا فى النهاية نقلا عن المبسوط اقول فى التعليل الثانى بحث اما اولا فبالمعارضة فان المشترى يثبت ببينة الحق للبائع فى مائة دينار والبائع ينفى ذلك والبينات للاثبات لا للنفى فينبغى ان تقبل بينة المشترى دون البائع واما ثانيا فبالنقض فانه لو تم هذا التعليل لافاد عدم قبول بينة المشترى عند انفراده باقامة البينة ايضا اذ تنفى المشترى ايضا ببينته حق البائع بما ادعاه والبينات للاثبات لا للنفى مع ان المسئلة على انه اذا اقام احدهما البينة قضى له بها قطعا واما ثالثا فبالمنع فانا لا نسلم ان المشترى تنفى ببينته ما تثبته البائع بل يثبت بها ما يدعيه لنفسه وهو كون حق البائع فى مائة دينار ويسكت عما ببينة البائع وهو كون حقه فى العبد فان حصل مما تثبته بينة المشترى نفى ما تثبته البائع فانما هو بالتبع والتضمن لا بالاصالة والقصد وذلك لا ينافى كون وضع البينات للاثبات دون النفى وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشترى اى يقول الحاكم للمشترى اما ان ترضى بالثمن الذى ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اى يقول للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشترى من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود اى المقصود من شرح الاسباب قطع المنازعة ودفع الخصومة وهذا جهة فيه اى القول المذكور للبائع وللمشترى جهة فى قطع المنازعة لانه ربما لا يرضيان اى المتبايعان بالفسخ فاذا علما به اى بالفسخ يتراضيان اى يدعى كل واحد منهما اقول لقائل ان يقول كما ان ما ذكر جهة فى قطع المنازعة كذلك عكس ذلك جهة فيه بان يقال للبائع اما ان ترضى بالثمن الذى ادعاه المشترى والا فسخنا البيع وان يقال للمشترى اما ان تقبل ما اعترف البائع من المبيع والا فسخنا البيع وبالجملة ان قطع المنازعة كما يمكن بان يكلف مدعى الاقل بالرضى بالاكثر يمكن ايضا بالعكس وهو ان يكلف مدعى الاكثر بالرضى بالاقل فما الرجحان فى اختيارهم الجهة المذكورة دون عكسها فتامل فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر قال صاحب النهاية فى شرح قول المص فان لم يتراضيا اى بان يعطى كل واحد ما يدعى صاحبه انتهى اقول فيه قصور لان هذا لا يتصور الا فى الصورة الثالثة من الصور الثلث المذكورة وهى ما اذا اختلفا

وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعى زيادة الثمن والمشتري ينكرها والمشتري يدعى وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له فبقى دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفي بحلفه

في الثمن والمبيع جميعا دون الصورتين الاخريين اذ قد مر في الكتاب ان صورة الاختلاف في الثمن ان يدعي احدهما ثمنا ويدعي الآخر اكثر منه وان صورة الاختلاف في المبيع ان يعترف احدهما قدرا من المبيع ويدعي الآخر اكثر منه فلو اعطى كل واحد منهما ما يدعي صاحبه في هاتين الصورتين لزم اعطاء الثمنين معا او اعطاء المبيعين معا وهذا خلف ولا يخفى ان ما ذكره المص ههنا حكم عام للصور الثلث جميعا فلا يناسبه التفسير المزبور وقال صاحب غاية البيان في شرح هذا المقام اي ان لم يتراض البائع والمشتري يعني لم يرض البائع بما ادعاه المشتري من المبيع ولم يرض المشتري بما ادعاه البائع من الثمن يستحلف القاضي كل واحد من البائع والمشتري على دعوى صاحبه انتهى اقول وفيه ايضا قصور لان هذا ايضا لا يجري الا في الصورة الثالثة من تلك الصور الثلث كما لا يخفى على ذي مسكة فلا يناسب ما ذكره المص ههنا من الحكم العام للصور الثلث كلها واما سائر الشراح فلم يتعرضوا ههنا للشرح والبيان فالحق عندي في شرح المقام ان يقال اي ان لم يتراض البائع والمشتري على الزيادة سواء كانت ما يدعيه احدهما كما في الصورة الاولى والصورة الثانية او ما يدعيه كل واحد منهما كما في الصورة الثالثة استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر فيجري معنى الكلام وفحوى المقام في كل صورة كما ترى وهذا التحالف قبل القبض اي قبل قبض المشتري السلعة كذا في النهاية ومعراج الدراية على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره اي ينكر ادعاء البائع والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل منهما منكر فيحلف لان اليمين على المنكر بالحديث المشهور واما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له بقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكره فيكتفي بحلفه اي كان القياس ان يكتفي بحلفه فان قلت اذا لم يدع المشتري شيئا فيما بعد القبض ينبغي ان لا يقبل بينته في هذه الصورة اذا اقامها لان البينة للمدعي وقد قال فيما قبل فان اقام احدهما البينة قضي له بها قلت المراد ان المشتري لا يدعي شيئا ادعاء معنويا فيما بعد القبض وهذا لا ينافي ان يكون المشتري مدعيا ادعاء صوريا في هذه الصورة وبينة المدعي صورة تسمع على ما صرحوا به كما اذا ادعى المودع رد الوديعة على ما مر لا يقال ان كان المشتري مدعيا صورة فيما بعد القبض يكون البائع منكرا للادعاء صورة فيصير التحالف ههنا ايضا موافقا للقياس لانا نقول لم يقل احد بتحليف المنكر الصوري بل انما اليمين ابدا على المنكر الحقيقي بخلاف المدعي الصوري فان البينة تسمع منه على ما ذكروا وذلك ان تقول في الجواب عن اصل السؤال ان المشتري لا يدعي شيئا فيما بعد القبض وقبول بينته لدفع اليمين عنه لا لكونه مدعيا وهذا اي قبول البينة من غير المدعي لدفع اليمين كثير في مسائل الفقه يعرفه من تتبع الكتب وهذا الوجه من الجواب هو الاوفق لما بيناه حقا في شرح مراد المص من كلامه المذكور في صدر كتاب الدعوى فتذكر اقول بقي ههنا شيء وهو انه ان اراد المص بكلمة هذا في قوله وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس الاشارة الى ما في صورة الاختلاف في الثمن فقط من الصور الثلث المذكورات كما هو الظاهر من اختصاص الدليل الذي ذكره بقوله لان البائع يدعي زيادة الثمن الخ بتلك الصورة فلا يخلو الكلام عن الركاكة لفظا ومعنى اما الاول فلان تلك الصورة بعد الصور المذكورة فالاشارة الى ما فيها بلفظ القريب بعيد واما الثاني فلان الاصل المذكور اعني كون التحالف قبل القبض على وفاق القياس وبعده على خلافه غير مخصوص بتلك الصورة بل هو جار ايضا في صورة الاختلاف في المبيع فان المشتري يدعي فيها قبل قبض البائع الثمن زيادة المبيع والبائع ينكره والبائع يدعي وجوب تسليم الثمن بما اخرج من المبيع والمشتري ينكره فكل منهما منكر فيحلف واما بعد قبض البائع الثمن فلا يدعي على البائع شيئا لان الثمن سالم له بقي دعوى المشتري في زيادة المبيع والبائع ينكره فيكتفي بحلفه ولقد افصح الامام الزيلعي عن عدم اختصاصه بتلك الصور حيث قال في التبيين وهذا اذا كان قبل قبض احد البدلين فظاهر وهو قياس وان كان بعده فمخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعي شيئا على صاحبه وانما ينكر ادعاء الآخر انتهى فاذا لم يكن الاصل المذكور مخصوصا بتلك الصورة لم يظهر لتخصيص الاشارة الى ما فيها وجه وان اراد بها الاشارة الى جنس التحالف فلا يخلو المقام عن الركاكة لفظا ومعنى ايضا اما الاول فلان لفظ هذا يصير حينئذ زائدا الا موقع له في الظاهر

لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا **قال** ويبتدئ بيمين المشتري وهذا
قول محمد وابي يوسف آخرا ورواية عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح لان المشتري اشدهما انكارا لانه يطالب اولا بالثمن ولانه يتعجل فائدة النكول وهو الزام الثمن
ولو بدئ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف رح يقول اولا يبدأ بيمين البائع لقوله عليه السلام اذا اختلف
المتبايعان فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر واقل فائدته التقديم وان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن بدأ القاضي بيمين ايهما شاء لاستوائهما
وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين قال في الزيادات

واما الثاني فلان الدليل الذي ذكره بقوله لان البائع يدعي زيادة الثمن الخ يصير حينئذ اخص من المدعى ثم اعلم ان صاحب الكافي وكثيرا من الثقات تركوا كلمة هذا
في بيان الاصل المذكور ولكنهم ذكروا ايضا في دليل مخالفته للقياس بعد القبض ما يختص بصورة الاختلاف في الثمن فقط ويمكن توجيه الكل بعناية فتأمل لكنا عرفناه
بالنص استدراك من قوله فيكتفي بحلفه يعني كان القياس في صورة الاختلاف بعد القبض ان يكتفي بحلف المشتري لكنا عرفنا التحالف بالنص وهو قوله عليه الصلوة والسلام
اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا قال صاحب العناية ولقائل ان يقول هذا الحديث مخالف للمشهور فان لم يكن مشهورا فهو مرجوح وان
كان فكذلك لعموم المشهور واشتهاره فتعارضا ولا ترجيح انتهى اقول في الجواب عنه قد تقرر في كتب الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارة النص فحينئذ يكون هذا الحديث
راجحا على المشهور لان هذا الحديث يدل بعبارته على تحليف المدعي ايضا فيما نحن فيه واما الحديث المشهور فلا يدل بعبارته على عدم تحليف المدعي في المقابل بل انما يدل عليه باشارته
حيث يفهم من تقسيم اليمين للخصمين او من جعل جنس الايمان على المنكرين كما بين فيما مر فهو اذن مرجوح قال اي القدوري في مختصره ويبتدئ اي القاضي بيمين المشتري
قال المص وهذا قول محمد وابي يوسف آخرا ورواية عن ابي حنيفة رحمهم الله تعالى وهو الصحيح احترازا عن القول الاول لابي يوسف رح كما سيجيء لان المشتري اشدهما
انكارا لانه يطالب اولا بالثمن فهو البادي بالانكار قال صاحب العناية فهذا يدل على تقدم الانكار دون شدته ولعله اراد بالشدة التقدم وهو المناسب بالمقام لان
لما تقدم في الانكار تقدم في الذي يترتب عليه انتهى اقول فيه نظر لان الظاهر ان مدار ما ذكره المص على كون البادي اظلم لكونه منشأ للتنافي ايضا فيكون اشد
كما يكون اقدم ويجوز ايضا ان يكون مداره على ان المشتري لما كان مطالبا اولا بالثمن كان منكرا للشيئين اصل الوجوب ووجوب الاداء في الحال فكان اشد
انكارا وعند هذين المحملين الصحيحين لاجراء الكلام على الحقيقة كيف يجوز حمل الاشد على الاقدم تجوزا مع عدم ظهور العلاقة بينهما ولانه يتعجل فائدة النكول اي بالابتداء
بيمين المشتري وهو اي فائدة النكول الزام الثمن وذكر الضمير الراجع الى الفائدة اما باعتبار الخبر وهو الزام الثمن او بتأويل الفائدة بالنفع ولو بدئ بيمين البائع تتأخر
المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن لان تسليم المبيع يؤخر الى زمان استيفاء الثمن لانه يقال له امسك المبيع الى ان تستوفي الثمن فكان تقديمه ما يتعجل فائدته اولى
كذا في الكافي وكان ابو يوسف رح يقول اولا يبدأ بيمين البائع وذكر في المنتقى وفي جامع ابي الحسن هذه رواية عن ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح كذا في العناية وغيرها
لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع وجه الاستدلال انه عليه الصلوة والسلام خصه بالذكر اي خص البائع بالذكر حيث قال فالقول
ما قاله البائع واقل فائدته اي فائدة التخصيص التقديم يعني انه عليه الصلوة والسلام جعل القول قول البائع وهذا بظاهره يقتضي الاكتفاء بيمينه فاذا كان لا يكتفي
بيمينه فلا اقل من ان يبدأ بيمينه وفي غاية البيان قال في شرح الاقطع جوابا عن هذا الحديث انما خص البائع بالذكر لان يمين المشتري معلومة لا يشكل لقوله
عم واليمين على من انكر فسكت صلى الله عليه وسلم عما تقدم بيانه وبين ما يشكل ولم يتقدم بيانه انتهى اقول فيه نظر لان قوله عليه السلام واليمين على من انكر كما انه
دليل في حق المشتري دليل ايضا في حق البائع فانه قد مر ان كل واحد منهما منكر في كل واحدة من الصور الثلث المذكورة فيما اذا اختلفا قبل القبض واما فيما اذا اختلفا
بعد القبض ففي صورة الاختلاف في الثمن بعد قبض المبيع انكره المشتري وفي صورة الاختلاف في المبيع بعد قبض الثمن المنكر هو البائع فاستوى كل واحد من البائع والمشتري في الاندراج
تحت قوله عليه السلام واليمين على من انكر في اكثر الصور وفي عدم الاندراج تحته في بعض الصور فلا فرق بينهما في اشكال اليمين وعدم اشكالها لما تقدم البيان
وعدم تقدمه فلم يتم الجواب المذكور ثم ان هذا الذي ذكر من عدم لزوم الابتداء بيمين المشتري على القول الصحيح او بيمين البائع على القول الآخر اذا كان البيع
بيع عين بثمن وان كان بيع عين بعين وهو المسمى بالمقايضة او ثمن بثمن اي بيع ثمن بثمن وهو المسمى بالصرف بدأ القاضي بيمين ايهما شاء من البائع والمشتري لاستوائهما
اي في الانكار وفي فائدة النكول وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين كذا ذكره في الاصل وقال في الزيادات

يحلف بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتريته بالفين ولقد اشتريته بالف يضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا **قال** فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد **قال** وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته **قال** وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما

يحلف اي البائع بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تاكيدا قال المص رح والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت اي على النفي وضعت لا على الاثبات كذا في النهاية ومعراج الدراية دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا وقال صاحب العناية وفيه نظر لان ذلك لا ينافي التاكيد انتهى اقول بل ينافيه لان وضع الايمان لما كان مقصورا على النفي كما يرشد اليه تفسيرنا المنقول عن النهاية ومعراج الدراية ودل عليه كلام المص رح حيث قال على ذلك وضعت بتقديم على ذلك على وضعت دون تاخيره عنه على ما هو حقه افادة للقصر وضعها على النفي المشار اليه بذلك لم يجز ادراج الاثبات في اليمين ولو بطريق التاكيد والا يلزم الظلم للمنكر بالزام الزائد على ما يجب عليه شرعا اذ لا شك ان الذي يجب عليه شرعا ويكون حقا للمدعي انما هو الاتيان بما وضعت له اليمين دون ما هو خارج عنه زائد عليه وهو الاثبات فلا بد من الاقتصار على النفي كما ذكره المص رح ولبعض الفضلاء بصدد الجواب عن النظر المزبور كلمات طويلة الذيل جلها بل كلها مدخول ومجروح تركنا ذكرها وردها مخافة التطويل بلا طائل **قال** اي القدوري في مختصره فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما اي ان طلبا او طلب احدهما كذا في الكافي والشروح قال المص رح وهذا اي الذي ذكره القدوري يدل على انه اي البيع لا ينفسخ بنفس التحالف وقال في غاية البيان وبه صرح في كتاب الاستحلاف لابي حازم القاضي حيث قال اذا تحالفا فسخ الحاكم البيع بينهما ولم ينفسخ بالتحالف انتهى وقال في الكافي وقيل بنفس التحالف والصحيح هو الاول انتهى لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول اي يبقى بيع بثمن مجهول كذا في الكافي والكفاية اقول هذا انما يتم في صورة كون الاختلاف في المبيع دون الثمن فالاولى ان يكون مراد المص رح اعم من ذلك اي يبقى بيع مجهول اما بجهالة المبيع فيما اختلفا في المبيع واما بجهالة الثمن فيما اختلفا في الثمن واما بجهالة المبيع والثمن معا فيما اختلفا فيهما فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة بينهما او يقال اذا لم يثبت البدل للتعارض لم يبق في ما يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في فاسد البيع اي البيع الفاسد وهما لم يفسخاه فلا بد ان يقوم القاضي مقامهما وفي المبسوط حل للمشتري وطي الجارية اذا كانت المبيعة فلو فسد البيع بالتحالف لما حل للمشتري وطيها كذا في الشروح **قال** اي القدوري في مختصره وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه اي الناكل جعل باذلا لصحة البذل في الاعواض فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته اي بثبوت ما ادعاه الآخر لعدم المعارضة اقول في تقرير المص رح شيء وهو انه ساق الدليل على اصل ابي حنيفة رح فقط حيث قال جعل باذلا والنكول عندهما اقرار لا بذل كما مر فلا يمشي ما ذكره على اصلهما مع ان مسئلتنا هذه اتفاقية بين ائمتنا فكان الاحسن ان يقول لانه صار مقرا بما يدعيه الآخر او باذلا كما قاله صاحب الكافي والامام الزيلعي ثم اعلم ان الامام الزيلعي زاد في شرح هذا المقام من الكنز قيدا آخر حيث قال فلزمه اذا اتصل به القضاء وقال وهو المراد بقول المص رح لزمه دعوى الآخر لانه بدون اتصال القضاء به لا يوجب شيئا اما على اعتبار البذل فظاهر واما على اعتبار انه اقرار فلانه اقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجبا بانفراده انتهى **قال** اي القدوري في مختصره وان اختلفا في الاجل اي في اصله او قدره كذا في الشروح او في شرط الخيار اي في اصله او قدره ايضا كذا في معراج الدراية وغاية البيان او في استيفاء بعض الثمن وكذا الحكم فيما اذا اختلفا في استيفاء كل الثمن لكن لم يذكره المص رح لان ذلك مفروع عنه باعتبار انه صار بمنزلة سائر الدعاوى كذا في النهاية ومعراج الدراية فلا تحالف بينهما عندنا وبه قال احمد رح وقال زفر رح والشافعي رح ومالك يتحالفان ولو اختلفا في اصل البيع لم يتحالفا بالاجماع كذا في معراج الدراية ثم ان القول في مسائل الكتاب لمنكر الاجل ولمنكر شرط الخيار ولمنكر الاستيفاء وفي مسئلة الاختلاف في اصل المبيع لمنكر العقد ذكر كلها هنا في الكافي وسيجي بعضها في الكتاب قال صاحب العناية واذا اختلفا في الاجل في اصله او في قدره او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البائع انتهى قال بعض الفضلاء هذا ليس بسديد لانه قد يكون القول قول المشتري اذا كان منكرا كما اذا كان مدعي الخيار هو البائع انتهى اقول هذا ظاهر ولكن الغالب ان صاحب العناية سلك هنا مسلك التغليب اعتمادا على ظهور

لان هذا اختلاف فى غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف فى الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف فى وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف فى القدر فى جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه قال والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض قال فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابى حنيفة

هذه الصورة قال المصنف فى تعليل المسائل المذكورة لان هذا اى الاختلاف فى الاجل وشرط الخيار او استيفاء بعض الثمن اختلاف فى غير المعقود عليه وهو المبيع والمعقود به وهو الثمن والاختلاف فى غيرهما لا يوجب التحالف لان التحالف عرف بالنص والنص انما ورد عند الاختلاف فيما يتم به العقد اذ قد علق فيه وجوب التحالف باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما فيما يثبت به البيع والبيع انما يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل وشرط الخيار واستيفاء الثمن كانه قيل اذا اختلف المتبايعان فى المبيع او فى الثمن تحالفا فالاختلاف فيما ذكر من الاجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن لم يكن فى معنى المنصوص عليه فلم يلحق به هذا زبدة ما فى الشروح والكافى ههنا فاشبه الاختلاف فى الحط اى فى الحط من الثمن والابراء اى الابراء عن الثمن ولا يتحالف فى الاختلاف فيهما بل القول قول من انكر مع يمينه فكذا فى الاختلاف فى الامور المذكورة وهذا اى كون الاختلاف فى الامور المذكورة اختلافا فى غير المعقود عليه والمعقود به ويجوز ان يشار به الى الاقرب اى شبه الاختلاف فى الامور المذكورة للاختلاف فى الحط والابراء لان بانعدامه اى بانعدام ما ذكر من الاجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن لا يختل ما به قوام العقد لان العقد بلا شرط واجل جائز فاذا اختلفا فى الشرط او فى الاجل وحلفا بقى العقد بلا شرط واجل وانه لا يوجب الفساد واما اذا اختلفا فى المثمن او الثمن وحلفا لم يثبت ما ادعاه احدهما فيبقى الثمن او المثمن مجهولا وذلك يوجب الفساد ووجه آخر وهو ان الاختلاف فى الثمن او المثمن يوجب الاختلاف فى العقد الا يرى انه لو اختلف الشاهدان فشهد احدهما بالبيع بالف درهم والآخر بالدنانير لا يقبل واذا اختلفا فى العقد كان كل منهما مدعيا ومنكرا اما الاختلاف فى الشرط والاجل فلا يوجب الاختلاف فى العقد الا يرى انه لو شهد احدهما انه باعه بالف الى شهر وشهد الآخر انه باعه بالف يقتضى بالعقد بالف حالة وكذا لو شهد احدهما انه باعه بشرط الخيار ثلاثة ايام وشهد الآخر انه باعه ولم يذكر الخيار جازت الشهادة كذا فى النهاية نقلا عن جامع الامام قاضيخان بخلاف الاختلاف فى وصف الثمن كالجودة والرداءة وجنسه كالدراهم والدنانير حيث يكون الاختلاف فيهما بمنزلة الاختلاف فى القدر اى فى قدر الثمن فى جريان التحالف لان ذلك اى الاختلاف فى وصف الثمن يرجع الى نفس الثمن اى الى الاختلاف فى نفس الثمن فان الثمن دين وهو اى الدين يعرف بالوصف فلما اختلفا فى الوصف وهو معرف صار اختلافهما فى المعرف وهو الثمن ولا كذلك الاجل اى ليس الاختلاف فيه بمنزلة الاختلاف فى قدر الثمن لانه اى الاجل ليس بوصف بل هو اصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط وتنوير هذا القول الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه اى بعد مضى الاجل ولو كان وصف التبعه كذا فى الكافى قال فى معراج الدراية كذا قيل وفيه نوع تامل انتهى قال اى القدورى فى مختصره والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما اى الخيار والاجل يثبتان بعارض الشرط اى بشرط عارض على اصل العقد والقول لمنكر العوارض والحكم فى استيفاء بعض الثمن كذلك لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد لتقررما يحصل ثمنا كذا فى العناية قال اى القدورى فى مختصره فان هلك المبيع ثم اختلفا اى فان هلك المبيع بعد قبض المشترى ثم اختلفا فى مقدار الثمن كذا فى الشروح وعزاه فى النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط لم يتحالفا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله والقول قول المشترى اى مع يمينه وقال محمد رح يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعى رح وعلى هذا اى على هذا الخلاف اذا خرج المبيع عن ملكه اى ملك المشترى او صار اى المبيع بحال لا يقدر اى المشترى على رده بالعيب بحدوث عيب فى يده لهما اى لمحمد رح والشافعى رح ان كل واحد منهما اى من البائع والمشترى يدعى غير العقد الذى يدعيه صاحبه والآخر ينكره فان البيع بالف غير البيع بالفين الا يرى ان شاهدى البيع اذا اختلفا فى مقدار الثمن لا تقبل الشهادة وانه يفيد دفع زيادة الثمن اعلم ان حل هذه المقدمة وربطها بالمقام من مشكلات هذا الكتاب ولهذا كان للشراح ههنا طرائق قددا ولم ار احدا منهم بالشفى الغليل فقال صاحب النهاية اى وان التحالف يفيد اعطاء المشترى زيادة الثمن التى يدعيها البائع على تقدير نكول المشترى عن الحلف فان فائدة اليمين النكول وهذا جواب سوال مقدر وهو ان يقال ما فائدة التحليف على قول محمد رح بعد الهلاك مع عدم حكمه فان حكم التحالف التراد وامتنع التراد بالهلاك فلا فائدة

وابي يوسف رح والقول قول المشتري وقال محمد رح يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي رح وعلى هذا اذا خرج عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بعيب لهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره وانه يفيد دفع زيادة الثمن

في التحالف فاجاب عنه وقال بل فيه فائدة وهي دفع المشتري الزيادة التي تدعيها البائع على تقدير نكول المشتري فلذلك يتحالفان فان قيل بهذا يحصل بتحليف المشتري حينئذ فما فائدة تحليف البائع قلنا لم يحصل تمام الفائدة بتحليف المشتري فان المشتري اذا نكل يجب الثمن الذي ادعاه البائع واذا نكل البائع اذا حلف يندفع عن المشتري ما ادعى البائع عليه من الزيادة فيتحالفان الى هنا كلامه وقد اقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المحال اقول فيه بحث اما اولا فلانه لما فسر الدفع الواقع في كلام المصنف رح بالاعطاء على ان يكون من دفع اليه لا من دفع عنه حيث قال اي وان التحالف يفيد اعطاء المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري عن الحلف وجعل مراد المصنف رح ان فائدة التحالف عند محمد رح هي اعطاء المشتري الزيادة التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري اتجه عليه السؤال الذي ذكره بقوله فان قيل بالضرورة ولم يدفعه ما ذكره جوابا عنه اصلا لانه ان اراد انه لا يحصل تمام الفائدة التي حمل عليه مراد المصنف رح ههنا بتحليف المشتري فليس بصحيح اذ لا شك انه اذا حلف المشتري وحده ونكل عن الحلف يجب عليه اعطاء زيادة الثمن التي يدعيها البائع وان اراد انه لا يحصل تمام الفائدة الحقيقية بتحليف المشتري فلا يفيد شيئا في دفع السؤال لان مورده ما حمل عليه مراد المصنف رح ههنا واما ثانيا فلانه ان اراد بقوله في الجواب والبائع اذا نكل الخ انه اذا نكل بعد نكول المشتري يندفع عن المشتري ما ادعى عليه البائع من الزيادة فليس بصحيح اذ قد تقرر فيما مر انه اذا نكل احد المتعاقدين عن اليمين لزمه دعوى الآخر فبعد نكول المشتري يلزمه دعوى البائع فلا يجوز تحليفه فكيف يتصور نكوله وان اراد به انه اذا نكل بعد حلف المشتري يندفع عن المشتري ما ادعى البائع عليه من الزيادة يتجه عليه ان في هذه الصورة يندفع عن المشتري ذلك بحلفه السابق فلا تاثير فيه لنكول البائع وايضا يتجه على مجموع الجواب ان الامر الثاني وهو اندفاع الزيادة عن المشتري يحصل بتحليف المشتري ان حلف كما ان الامر الاول وهو وجوب اعطاء الزيادة على المشتري يحصل بتحليفه ان نكل فتمام الفائدة الذي ذكر وهو احد الامرين لا بعينه يحصل بتحليف المشتري وحده فلم يظهر فائدة تحليف البائع قط وقال صاحب الكفاية وتاج الشريعة يعني ان التحالف يفيد دفع زيادة الثمن عن المشتري عند نكول البائع فكان التحالف مفيدا انتهى اقول فيه ايضا بحث لانهما حملا الدفع الواقع في كلام المصنف رح على معنى المنع حيث جعلاه من دفع عنه كما ترى واعتبرا ظهور الفائدة عند نكول البائع فيتجه على ما ذهبا اليه ان نكول البائع انما يتصور بعد حلف المشتري لا بعد نكوله كما مر ههنا والمفاد عند حلف المشتري قد حصلت هذه الفائدة اعني دفع زيادة الثمن عن المشتري فما الفائدة في تحليف البائع ونكوله بعد ذلك وقال صاحب العناية وانه يعني التحالف يفيد دفع زيادة الثمن بمعنى ان التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة فكان مفيدا انتهى اقول وفيه ايضا بحث لانه جعل الدفع الواقع في كلام المصنف رح من دفع عنه كما ترى فالظاهر ان قوله بالنكول متعلق بقوله يدفع عن المشتري وان مراده بالنكول نكول البائع دون نكول المشتري لان الذي يقتضي دفع زيادة الثمن عن المشتري انما هو نكول البائع واما نكول المشتري فيقتضي دفعه زيادة الثمن بمعنى اعطائه اياها فاذن يؤول قوله ان التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول الى ما ذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة كما مر فيرد عليه ما يرد عليه ذلك ويزداد اشكال قوله واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة لان مدلوله ان يكون اندفاع الزيادة المدعاة بحلف البائع ومدلول قوله السابق ان يكون اندفاعها بنكول البائع فيلزم ان يتحد حلف البائع ونكوله حكما وهذا ظاهر الفساد فان قلت يجوز ان يكون معنى قوله اللاحق واذا حلف البائع بعد حلف المشتري اندفعت الزيادة المدعاة بان يفسخ البيع على قيمة الهالك ومعنى قوله السابق اذا نكل البائع يندفع الزيادة المدعاة عن المشتري بان يقضي بما ادعاه المشتري وهو اقل الثمنين لا بان يفسخ البيع على قيمة الهالك فاختلف حكم حلف البائع وحكم نكوله بهاتين الجهتين وهو كاف قلت لا يتعين ان يكون قيمة الهالك انقص مما ادعاه البائع بل يجوز ان يكون مساوية له بل ازيد منه فلا يلزم من فسخ البيع على قيمة الهالك اندفاع

فيتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولابي حنيفة وابي يوسف رح ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما انه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود

الزيادة المدعاة فلا يتوجه حمل معنى قوله اللاحق على ما ذكر فان قيل يجوز ان تكون كلمة حلف في قوله واذا احلف البائع الخ على صيغة المبني للمفعول من تفعيل ان يكون المعنى واذا احلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة اي بنكول البائع لا بحلفه فلا يلزم المحذور المذكور وهو اتحاد حكم حلف البائع ونكوله قلنا فحينئذ يلزم ان يستند الى قوله اللاحق بحصول هذا المعنى بعينه من قوله السابق كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء قصد حل كلام صاحب العناية ههنا فقال في تفسير قوله بالنكول اي بنكول المشتري وقال قوله بالنكول متعلق بزيادة في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن وقال في تفسير قوله واذا احلف البائع يعني بعد حلف المشتري ثم قال فان قيل اندفاع زيادة الثمن المدعاة حلف المشتري ليس الا قلنا اذا حلف البائع بعد حلف المشتري يفسخ على القيمة وتندفع الزيادة المدعاة انتهى اقول جملة ما ذكره ليس بشيء اما تفسير قوله بالنكول بنكول المشتري وجعل قوله بالنكول متعلقا بزيادة في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن فلانه لا يكون للكلام حينئذ معنى معقول اصلا لانه ان كان المعنى يدفع عن المشتري زيادة الثمن الكائنة اي الثابتة في الواقع بنكول المشتري فلا وجه له لان زيادة الثمن ان ثبتت في الواقع تثبت بالعقد لا غير وان كان المعنى يدفع عن المشتري زيادة الثمن الثابتة في علم القاضي بنكول المشتري فلا صحة له لان زيادة الثمن اذا ثبتت في علم القاضي بنكول المشتري يجب على المشتري فكيف يدفعها التحالف عنه بل لا يبقى ورا التحالف عند نكول المشتري اصلا على ما عرف مرة واما قوله يعني بعد حلف المشتري فلا يرد منه المشتري الذي ذكره بقوله فان قيل الخ على ما جوابا عن هذا السؤال فاسد جدا لان ما ذكره انما يلزم الا عند من فسخ البيع على القيمة اندفاع الزيادة المدعاة بجواز ان يكون القيمة مساوية للزيادة المدعاة بل ازيد منها وقال صاحب غاية البيان قوله وانه يفيد دفع زيادة الثمن اي ان دعوى المشتري يفيد ذلك وتذكير الضمير بتاويل الادعاء انتهى اقول وفيه ايضا بحث لان دعوى المشتري لا تفيد دفع زيادة الثمن سواء كان المراد بالدفع معنى الاعطاء او معنى المنع وانما الذي يفيده فيهما بينة المشتري او حلفه ان كان المراد بالدفع معنى المنع ونكوله ان كان المراد به معنى الاعطاء على ان في ذوي الافهام بيان فائدة التحالف لا بيان فائدة دعوى المشتري ولا بيان فائدة تحليفه فقط فلو كان مراد المعنى ما ذكره فات مقتضى المقام كما لا يخفى على ذوي الافهام فيتحالفان هذا نتيجة الدليل المذكور كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة بان ادعى احدهما العقد بالدراهم والآخر بالدنانير فانهما يتحالفان ويلزم المشتري رد القيمة ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما انه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به اي بالتحالف في حال قيام السلعة وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا فلا يتعدى الى حال هلاك السلعة فان قيل فليكن حال هلاك السلعة ملحقا بحال قيام السلعة بالدلالة اجاب بقوله والتحالف فيه اي في حال قيام السلعة يفضي الى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما برد راس ماله بعينه اليه ولا كذلك بعد هلاكها اي بعد هلاك السلعة لارتفاع العقد اي بالهلاك الا يرى انه لا ينفسخ بالاقالة والرد بالعيب بعد هلاك السلعة فكذا بالتحالف اذ الفسخ لا يرد الا على ما يرد عليه العقد فلم يكن في معناه اي فلم يكن وقت هلاك السلعة في معنى وقت قيام السلعة فبطل الالحاق ايضا ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود هذا جواب عن قول محمد والشافعي رح ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره اي لا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشتري حيث سلم له وهلك على ملكه سواء كان الامر على ما زعمه هو او البائع فلغا ذكر السبب وصار بمنزلة اختلافهما في الالف والالفين بلا سبب فيكون اليمين على منكر الالف الزائدة وهذا بخلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن لان البائع يدعي الدنانير والمشتري ينكره والمشتري يدعي الشراء بالدراهم والبائع ينكره وانكاره صحيح لان المبيع لا يسلم للمشتري الا بثمن ولم يتفقا على ثمن وههنا اتفقا على الالف وهو يكفي للصحة كذا قرر المقام في الكفاية ومعراج الدراية نقلا من الكافي وقال صاحب العناية في تقريره قوله ولانه لا يبالي الخ جواب عن قولهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قوله موجبا العلم سلمنا ذلك لكن لا نسلم انه فيما نحن فيه لان اختلاف السبب انما يعتبر اذا افضى الى التناكر وههنا ليس كذلك لان مقصود المشتري هو تملك المبيع وقد حصل بقبضه وتم بهلاكه وذلك

والذي يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا اذا كان الثمن دينا فان كان عينا تحالفا لان المبيع في احد الجانبين قائم فيوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل **قال** وان هلك احد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة رح الا ان يشاء البائع ان ياخذ العبد الحي ولا شيء له من قيمة الهالك وقال ابو يوسف رح يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي

على البائع شيئا ينكره ليجب عليه اليمين انتهى قال وقوله بخلاف حالة قيام السلعة واذا اخذناها بيعا وهبة فان في كل منهما المقصود حاصل والتحالف موجود واجيب عن الاول بانه ثبت بالنص على خلاف القياس وعن الثاني بان هذا الاختلاف والمذكور في بعض الكتب قول محمد رح انتهى وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته هذا ايضا جواب عن قولهما وانه يفيد دفع زيادة الثمن يعني ان المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست منها بل من موجبات النكول وليست اليمين من موجبات العقد حتى يكون النكول من موجباته فلا يترك بها ما هو من موجباته وهو ملك المبيع وقبضه هذا زبدة ما في الشروح واعترض عليه بعض الفضلاء بان ملك المبيع وقبضه باق على حاله على تقدير التحالف غايته انه يملكه بالقيمة فلا يلزم ترك موجب العقد به انتهى اقول مدار هذا الاعتراض على عدم فهم المقام وزعم المراد بملك المبيع وقبضه ملك البائع المبيع وقبضه اياه وليس المراد به ذلك قطعا اذ لا شك ان الذي من موجبات العقد هو ملك المشتري المبيع وقبضه اياه واما ملك البائع المبيع وقبضه اياه فمن موجبات الفسخ دون العقد وهذا مما لا سترة به ثم ان قوله غايته انه يملكه بالقيمة الخ كلام ساقط مع قطع النظر عن ذلك تامل تقف ثم ان صاحب العناية بعد شرح هذا المقام قال فيه نظر لانا قد اعتبرنا حال قيام السلعة الترادّ فائدة للتحالف وليس من موجبات العقد والجواب انه ثبت بالنص على خلاف القياس انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب بان قال فيه تامل فانه قبل القبض على وفاق القياس انتهى اقول لم يعتبر الترادّ فائدة للتحالف الا بعد القبض اذ الرد انما يتصور بعد القبض فكان الجواب المزبور دافعا للنظر المذكور نعم لقائل ان يقول الظاهر ان للتحالف قبل القبض فائدة فاي شيء اعتبر فائدة للتحالف قبل القبض لم يكن من موجبات العقد البتة لان موجب التحالف فسخ العقد وحكم الفسخ يخالف حكم العقد قطعا فينتقض به قولهم وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وهذا اي فهذا الذي ذكرنا من الاختلاف في التحالف عند صورة هلاك المبيع اذا كان الثمن دينا اي ثابتا في الذمة بان كان من الدراهم او الدنانير او المكيلات او الموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة فان كان عينا اي فان كان الثمن عينا كالثوب والفرس ونحو ذلك بان كان العقد مقايضة وهلك احد العوضين تحالفا اي بالاتفاق لان المبيع في احد الجانبين قائم فان كل واحد من العوضين في بيع المقايضة مبيع وثمن ولا تعيين لاحدهما بالمبيعية بدخول الباء كما تقرر في كتاب البيوع فيوفر فائدة الفسخ وهو الترادّ فيرد القائم ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل هذا اذا اختلفا في قدر البدل اما ان اختلفا في كون البدل دينا او عينا ان ادعى المشتري انه كان عينا يتحالفان عندهما وان ادعى البائع انه كان عينا وادعى المشتري انه كان دينا لا يتحالفان فالقول قول المشتري كذا في الكفاية قال اي القدوري في مختصره وان هلك احد العبدين اي بعد قبضهما كذا في الشروح ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك يعني اذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك احدهما ثم اختلفا في الثمن فقال البائع بعتهما منك بالفي درهم وقال المشتري اشتريتهما منك بالف درهم لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري اي فيهما كذا في كثير من الشروح مع يمينه عند ابي حنيفة رح الا ان يشاء البائع ان ياخذ الحي ولا شيء له وانما اعاد ذكر لفظ الجامع الصغير لان لفظه يقتضي ان يكون المستثنى منه حلف المشتري ولفظ القدوري الذي هو لفظ المبسوط يقتضي ان يكون المستثنى منه عدم التحالف لان المذكور قبل الاستثناء هناك قوله لم يتحالفا وقال ابو يوسف رح يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي قال صاحب العناية وقوله في تحرير المذاهب يتحالفان في الحي ليس بجار على ما ياتي انتهى اقول يعني ان قوله هاهنا يتحالفان في الحي ليس بملائم بالتفسير الصحيح للتحالف على قول ابي يوسف رح على ما ياتي وهو ان يتحالفا على القائم والهالك معا لا ان يتحالفا على القائم فقط كما قاله بعضهم لكن فيه نظر اذ يمكن تطبيق قوله هذا على ما ياتي من التفسير الصحيح فانه لم يقل هاهنا يتحالفان على الحي حتى يكون كلمة على صلة التحالف فيؤول المعنى الى التفسير الغير الصحيح بل قال يتحالفان في الحي فيجوز ان يكون كلمة في بمعنى اللام ويصير المعنى يتحالفان لاجل الحي كما في قوله تعالى فذلكن الذي لمتنني فيه وكما في الحديث ان امرأة دخلت النار في هرة حبستها على ما نص عليه في مغني اللبيب ولا يخفى ان كون تحالفهما لاجل الحي اي كون المقصود من تحالفهما

والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد رح يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى ولابي يوسف رح ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابي حنيفة رح ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ولانه لا يمكن التحالف في القائم الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة على القيمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك اصلا لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان هذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف كما ذكرنا وقالوا ان المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري وانما لا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه لما اخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري

فسخ العقد في الحي لا ينافي ان يتحالفا على الحي والميت معا كما هو الصحيح ليفيد التحالف على ما سيأتي بيانه (والقول قول المشتري في قيمة الهالك) هذا من تتمة قول ابي يوسف رح اقول في عبارة الكتاب ههنا قصور لان قول المشتري انما يعتبر في حصة الهالك من الثمن الذي اقر به المشتري كما سيجيء تفصيله لا في قيمة الهالك فان القول فيها للبائع كما صرح به المصنف فيما سيأتي حيث قال فان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع انتهى وعن هذا قال صاحب الكافي وقال ابو يوسف رح يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول للمشتري في حصة الهالك من الثمن مع يمينه انتهى (وقال محمد رح يتحالفان عليهما) اي على الحي والهالك (ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى) قال صاحب العناية والجواب ان هلاك البعض يخرج الى معرفة القيمة بالحزر وذلك يجهل في المقسم عليه فلا يجوز انتهى ورد عليه بان المقسم عليه عند محمد رح ليس القيمة حتى يلزم ذلك عليه (ولابي يوسف رح ان امتناع التحالف للهالك) اي لاجل الهالك (فيتقدر بقدره) اي تقدير امتناع التحالف بقدر الهالك لان الحكم لا يزيد على العلة (ولابي حنيفة رح ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة) يعني ان التحالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس في حال قيام السلعة (وهي) اي السلعة (اسم لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها) لانعدام الكل بانعدام جزئه وما ثبت على خلاف القياس لا يتعدى الى الغير فحصل من هذا الدليل نفي القياس والجواب عن قول محمد رح كما لا يخفى (ولانه لا يمكن التحالف في القائم الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة) اي باعتبار القيمة كما سيأتي (وهي) اي القسمة (تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز) فلا يلحق بالتحالف حال قيام السلعة بتمامها فحصل من هذا الدليل نفي الدلالة والجواب عن قول ابي يوسف رح كما ترى فان قلت ما الفرق لابي حنيفة رح بين هذه المسألة وبين مسألة الاجارة فيما اذا اقام القصار بعض العمل في الثوب ثم اختلفا في مقدار الاجرة ففي حصة ما اقام العمل القول لرب الثوب مع يمينه وفي حصة ما بقي يتحالفان بالاجماع اعتبارا للبعض بالكل واستيفاء بعض المنفعة بمنزلة هلاك بعض المبيع وفيه التحالف عند ابي حنيفة رح ايضا دون هلاك بعض المبيع قلت الفرق بينهما من حيث ان عقد البيع في العبدين عقد واحد فاذا تعذر فسخه في البعض بالهلاك تعذر في الباقي واما عقد الاجارة ففي حكم عقود متفرقة يتجدد انعقاده بحسب ما يقيم من العمل فبان تعذر فسخه في البعض لا يتعذر فسخه في الباقي كذا في الشروح ونقله صاحب النهاية عن اجارات المبسوط اقول لقائل ان يقول هذا الفرق انما يمشي بالنظر الى الدليل الاول واما بالنظر الى الدليل الثاني فلا لان عقد الاجارة وان كان في حكم عقود متفرقة الا انه في الصورة المذكورة كان بصفقة واحدة لم يعين فيها لكل جزء من المعقود عليه اجرة معلومة فلا بد من القسمة وهي بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل بعين ما قيل في عقد البيع فينبغي ان لا يجوز ايضا (الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك اصلا) اي بالكلية (لانه حينئذ) اي حين ان يرضى البائع بترك حصة الهالك بالكلية (يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان) اي اذا كان الامر كذلك فيتحالفان (وهذا) اي توجيه قوله الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك بما ذكر (تخريج بعض المشايخ) اي عامتهم (ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف) لانه هو المذكور في الكلام فكان تقدير الكلام لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح الا اذا ترك البائع حصة الهلاك فيتحالفان (كما ذكرنا) اراد به قوله فيتحالفان (وقالوا) اي قال هؤلاء المشايخ (ان المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا) اقول كان الظاهر في التحرير من حيث العربية والمعنى ان يترك لفظ معناه من البين بان يقال ان قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا ووجه الظهور ظاهر (وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري وانما لا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف) فيصير معنى الكلام لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح والقول قول المشتري مع يمينه الا ان يشاء البائع ان يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الهلاك شيئا زائدا على ما اقر به المشتري فحينئذ لا يمين على المشتري (لانه لما اخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري) قال صاحب الغاية وكلام المصنف يشير الى ان اخذ الحي لم يكن بطريق الصلح كما نقله صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية بل بطريق تصديق المشتري فيما ادعاه ترك ما يدعيه هو ادعى ما قال شيخ الاسلام انه لو كان ذلك بطريق الصلح لكان صلحا بشيء ما انتهى قال العيني

ثم تفسير التحالف على قول محمد رحمه الله [illegible] فادعى احدهما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك [illegible] ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتها بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع [illegible] بالله ما باعتها بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان البيع في القائم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض

فيه ان اخذ الحي يكون حلفا بمشيئتها البتة وانما الذي لا يتعلق بمشيئة المشتري اخذ ما اقربه من ثمن الهالك انتهى اقول هذا ليس بشيء لانه ان اراد بقوله ان اخذ الحي غير معلق بمشيئتها البتة انه كان في الكتاب معلقا بمشيئتهما البتة فليس بصحيح لان المذكور في الكتاب الا ان يشاء البائع ان يأخذه الحي ولا شيء له ولم يعلق فيه اخذ الحي الا بمشيئة البائع وان اراد به انه يكون في الصلح معلقا بمشيئتهما البتة فليس بمفيد له اصلا بل هو مؤيد لما قاله شيخ الاسلام فان مراده ان اخذ الحي لو كان لا يعلق بل كان معلقا في الكتاب بمشيئتهما كما يكون في الصلح متعلقا بمشيئتهما البتة ولم يعلق فيه الا بمشيئة البائع ثم تفسير التحالف على قول محمد رحمه الله ما بيناه في القائم اي في البيع القائم حاله وهو قوله وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف الخ وانما لم يختلف صفة التحالف عنده في الصورتين لان قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف واذا حلفا ولم يتفقا على شيء كان الاحسن في التحرير ان يقال واذا لم يتفقا على شيء حلفا بتقديم لم يتفقا على شيء على حلفا في الوضع ليقدم بما فيه ان الشيخ فادعى احدهما الفسخ او كلاهما او ادعى كلاهما الفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك والقول في القيمة قول المشتري لان البائع يدعي عليه زيادة قيمة وهو ينكر فيكون القول قوله كما اذا اختلفا في قيمة المغصوب او المقبوض بعقد فاسد كذا في الشروح واختلفوا في تفسيره اي في تفسير التحالف على قول ابي يوسف رحمه الله قال في النهاية ومعراج الدراية لم يذكر تفسير التحالف على قول ابي حنيفة رحمه الله لان عنده هلاك البعض يمنع التحالف كهلاك الكل اقول فيه شيء وهو ان هلاك البعض لا يمنع التحالف عنده مطلقا بل الا اذا رضي البائع ان يترك حصة الهالك اصلا فيتحالفان عنده ايضا على تخريج عامة المشايخ وقد ارتضى المصنف هذا التخريج حيث بنى عليه شرح معنى الكتاب الا كما تمنا آنفا فكان ينبغي ان يذكر تفسير التحالف على قول محمد رحمه الله وعلى قول ابي يوسف رحمه الله قال وعند ابي حنيفة رحمه الله ايضا مساغ وعن هذا قال الامام الزيلعي بعد ان ذكر في التبيين تفسير التحالف في قول محمد رحمه الله وعلى قول ابي يوسف رحمه الله قال وعند ابي حنيفة رحمه الله ان البائع اذا رضي ان يترك حصة الهالك من الثمن يتحالفان عند بعضهم على الوجه الذي ذكرناه لابي يوسف رحمه الله انتهى وقال في غاية البيان لما كان قول ابي حنيفة رحمه الله عدم وجوب التحالف استغنى عن التفسير على قوله انتهى اقول هذا اقرب الى الحق مما سبق ولكن فيه ايضا شيء لا يخفى فالاولى ان يقال لما كان جريان التحالف عند هلاك بعض المبيع في قول ابي حنيفة رحمه الله مخصوصا بتخريج بعض المشايخ وبصورة نادرة وهي صورة الاستثناء لم يذكر تفسير التحالف عنده على سبيل الاستقلال بل اكتفى بما يفهم من بيان تفسيره على قول ابي يوسف رحمه الله والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتها بما يدعيه البائع ومنهم من قال يتحالفان على القائم بحصته من الثمن دون الهالك لان التحالف للفسخ والفسخ في القائم لا في الهالك هذا ليس بصحيح لان المشتري لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه البائع كان صادقا وكذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري صدق فلا يفيد التحالف فالصحيح ان يحلف المشتري على الوجه المذكور في الكتاب فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما باعتها بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان العقد في القائمة فان قلت اسند فسخ العقد ههنا اليهما كما ترى وفيما سبق الى القاضي حيث قال وان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما فما التوفيق قلت معنى ما سبق فسخ القاضي ان لم يفسخا بانفسهما يرشد اليه ان الشراح قالوا في شرح ذلك المقام فسخ القاضي العقد بينهما ان طلبا او طلب احدهما لان الفسخ حقهما فلا بد من الطلب انتهى اذ لا يخفى ان الفسخ اذا كان حقهما انما يتقدر ان على احداثه بانفسهما ومعنى ما ذكر ههنا يفسخان العقد ان ارادا الفسخ بانفسهما على نهج قوله عليه السلام تحالفا وترادا وهذا لا ينافي ان يفسخه القاضي ايضا فيما اذا لم يفسخا بانفسهما بل لزما او طلب احدهما من القاضي وسيأتي التصريح من الشراح في مسئلة التحالف في الاقالة بان فسخ القاضي لو فسخها بانفسهما ويسقط حصته اي حصة القائم من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذي اقر به المشتري لا قيمة الهالك لان القيمة تجب اذا انفسخ العقد والعقد في الهالك لم ينفسخ عنده كذا في العناية ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض يعني تقسيم الثمن الذي اقر به المشتري على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض فان اتفقا على قيمتهما يوم القبض كانت على السواء يجب على المشتري نصف الثمن الذي اقر به المشتري ويسقط عنه نصف ذلك وان تصادقا ان قيمتهما

وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع وايهما اقام البينة تقبل بينته وان اقاما فبينة البائع اولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الاصل اشترى عبدين وقبضهما ثم رد احدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول

يوم القبض كانت على التفاوت فان تصادقا على ان قيمة الهالك الثمن يوم القبض كانت كذا يجب على المشتري بقدر حصته من الثمن الذي اقر به ويسقط عنه الباقي من ذلك الثمن وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فقال المشتري كانت قيمة القائم يوم القبض الفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس فالقول للبائع مع يمينه لانهما اتفقا على وجوب الثمن الذي اقر به المشتري ثم المشتري يدعي سقوط زيادة من الثمن بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول قول المنكر مع يمينه فان قيل لماذا يعتبر قيمتها يوم القبض دون العقد في حق انقسام القيمة ومسائل الزيادات تدل على هذا حتى قال محمد رح قيمة الام تعتبر يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض فكل واحد من العبدين هنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتها يوم العقد لا يوم القبض قال الامام ظهير الدين صاحب الفوائد هذا اشكال اكل اوردته على كل قوم نحرير فلم يهتد احد الى جوابه ثم قال والذي تخايل لي بعد طول التجشم ان فيما ذكر من المسائل لم تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وفيما نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف اما في الحي منهما فظاهر وكذلك في الميت منهما لانه ان تعذر الفسخ في الهالك لمكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو مذهب محمد رح حتى قال يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب اعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا يعتبر قيمته يوم القبض كذا في النهاية واكثر الشروح اقول في التوجيه الذي ذكره الامام ظهير الدين نظر لان تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد في حق الميت على قول ابي يوسف رح ممنوع لان ما يوجب ذلك فيما نحن فيه انما هو التحالف كما صرح به والتحالف انما يجري عنده في الحي دون الميت وتعذر الفسخ في الهالك عنده لامتناع جريان التحالف فيه لا لهلاك لا لمجرد الهلاك بدون امتناع جريان التحالف الا يرى ان محمدا لما اجاز التحالف على الهالك ايضا اجاز الفسخ في الهالك على قيمته ولم يكن الهلاك مانعا عنه فاذا لم يتحقق التحالف في الهالك على قول ابي يوسف رح وتعذر الفسخ فيه ايضا فما الباعث على اعتبار ما هو من لوازم الفسخ فيه ومجرد عدم تعذر اعتباره لا يقتضي اعتباره سيما عند تحقق ما يقتضي اعتبار القيمة يوم العقد وهو كونه مقصودا بالعقد ثم ان صاحب العناية قال بعد نقل ما في تلك الشروح واقول الاصل فيما هلك كان مقصودا بالعقد ان يعتبر قيمته يوم العقد الا اذا وجد ما يوجب فسخ العقد فانه يعتبر حينئذ قيمته يوم القبض لانه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم دون الهالك صار العقد مفسوخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظرا الى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين وقلنا بلزوم حصته من الثمن نظرا الى عدم الانفساخ وبانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا الى الانفساخ انتهى اقول فيه ايضا نظر لان قوله وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم صار العقد مفسوخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير تام لان اتحاد الصفقة انما يقتضي انفساخ العقد في الهالك بانفساخه في القائم لو وقع الفسخ قبل قبضهما فانه يقتضي ذلك فان لا يلزم حينئذ تفريق الصفقة قبل تمامها وهو غير جائز واما اذا وقع الفسخ قبل قبضهما فلا الا يرى الى ما مر في باب خيار العيب من ان من اشترى عبدين صفقة واحدة فقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا فانه يفسخ العقد في المعيب خاصة عند ائمتنا الثلثة بناء على ان تفريق الصفقة بعد تمامها بالقبض جائز والمسئلة فيما نحن فيه مفروضة فيما اذا هلك احد العبدين بعد قبضهما كما يتبين في هذه الصورة فلا يتم التقريب فايهما اقام البينة تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاما فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك فان قيل المشتري يدعي زيادة في قيمة القائم فوجب ان تقبل بينته لاثباته الزيادة فالجواب ان الاخذ وقع الاختلاف فيه مقصودا قيمة الهالك والاختلاف في قيمة القائم يثبت ضمنا للاختلاف في قيمة الهالك وبينة البائع قامت على ما وقع الاختلاف فيه مقصودا فكانت اولى بالاعتبار كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام المرغيناني وقاضيخان رح هذا اي ما ذكر من قول ابي يوسف رح وتفريعاته قياس ما ذكره في بيوع الاصل اي المبسوط

اشترى عبدين وقبضهما ثم رد احدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما اي يوم القبض كذا في النهاية فان اختلفا في قيمة الهالك اي في مسئلة الاصل فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول

... الثمن ... فاذا اختلفا في الثمن بعد القبض تحالفا ... ولا يتحالفان ... على جواب ... لان النص يعتبر حقيقة ...
حال قيام العين ... بعد القبض ... ولكن ... على ان حكم ... قبل القبض ...
... على ... والقياس ...

قال ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن قبل القبض فالقول قول البائع ... لا في البيع المطلق
والاقالة ... فسخ في حق المتعاقدين ... مفروضة قبل القبض ... على بيع قبل ... والاقالة
ولا يجري ... او استهلكه في يد البائع غير المشتري ... ثم اختلفا ... لانه ... بعد القبض ايضا

منكر ولهذا ... مسئلة الاصل ... البائع ... الزيادة ... البينات ... لاثبات ... اكثر اثباتا ...
قال الامام ... المشتري ... بينة البائع ... البيان ... حقيقة ... الاقدام على ... حالة ...
اي الايمان ... على ... المعاقدين ... الوكيل النائب ... المتعاقدين ... الانسان ... قال ... الامر
عليهما اي على ... والبائع ... لانه ... الزيادة وفي البينات ... الظاهر ... الشاهدين ... الايمان ... حقيقة ... لا ... الغير ... قبل
فيجوز ان يكون الحال في الواقع على خلاف ... عنده ... او ... فاعتبر الشاهد ... البائع ... ظاهر ... بينة ... كما ... بينة
وترجح اي وترجح بينته على بينة المشتري بالزيادة الظاهرة على ما مر وهو قوله لانها اكثر اثباتا ظاهرا اي ما ذكر في بيوع الاصل ... ما ذكرنا من قول
ابي يوسف رح في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في مسئلة الجامع الصغير قال اي محمد رح في بيوع الجامع الصغير ومن اشترى جارية وقبضها ... كذا في
وفي اصل الجامع الصغير ثم تقايلا ولم يقبض البائع المبيع بعد الاقالة كذا في الشروح وسيشير اليه ... والمسئلة مفروضة قبل القبض ثم اختلفا في الثمن فقال المشتري
كان الثمن الفا فعليك ان ترد الالف وقال البائع كان خمس مائة فعليّ رد خمس مائة فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشتري في
المبيع كما كان قبل الاقالة ومعنا وعود البيع الاول اذا فسخ التاجر ... بانفسهما الاقالة لان الاقالة كالبيع ... الا بالفسخ كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا
عن صدر الاسلام ... ان ... النص الوارد في حق التحالف وهو قوله عليه الصلوة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا ... ولم ...
الاقالة فما وجه جريان التحالف فيما اجاب بقوله ونحن ما اثبتنا التحالف فيه اي في التقابل بالنص لانه ورد في البيع المطلق اي في البيع من كل وجه والاقالة فسخ في حق
المتعاقدين ... كان بيعا جديدا في حق غيرهما ... قوله والاقالة فسخ في حق المتعاقدين انما يمشي على قول ابي حنيفة ومحمد ... لا على قول ابي يوسف رح فان الاقالة
عنده بيع في حق المتعاقدين ايضا والمسئلة التي نحن فيها متفق عليها فما وجه بناء الوفاقية على الخلافية قلت كلام المصنف ... جواب عن سؤال مقدر ... انفا وذلك
انما يكاد ... على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا على قول ابي يوسف رح كما لا يخفى فيبني الجواب ايضا ... اصلها ... وانما اثبتناه بالقياس لان ... مفروضة
قبل القبض اي قبل قبض البائع الجارية بحكم الاقالة والقياس يوافقه على ما مر اي في اول الباب ... قبل القبض ... ولهذا ...
بالقياس ... اذا اختلف الموجر والمستاجر قبل استيفاء المعقود عليه في الاجرة يجري التحالف بينهما والوارث على العاقد اي ونقيس الوارث على العاقد ... اذا اختلف وارث
البائع والمشتري في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما والقيمة على العين اي ونقيس القيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري ... غير
العين المبيعة في يد البائع ... القيمة ... مقام العين المستهلكة فان اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء
العين المشتراة لكون النص اذ ذاك معقول المعنى وفي غاية البيان ... النسخة ... وفي بعض النسخ فيما اذا استهلك المشتري وفي ... فيما اذا استهلك
المبيع قال الامام حافظ الدين الكبير البخاري على حاشية كتابه ... استهلك المشتري انتهى وفي معراج الدراية ... استهلكه في يد البائع غير المشتري ...
على حاشية نسخة ... او الصواب استهلاك المشتري ... على صيغة ... المشتري على صيغة المفعول ... ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رح لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا يعني ان محمدا رح يرى النص ... وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان
والسلعة قائمة تحالفا وترادا معلولا بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر من العقد ... لا تفاوت بين كون المبيع مقبوضا او غير مقبوض ...
الفقهاء فان قيل الاقالة بيع عند ابي يوسف رح فيكون متناول النص فينبغي ان يجري التحالف عنده بعد قبض البائع ايضا قلنا لما وقع الخلاف في كونه بيعا لا يتناوله النص

قال ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع الا يرى ان راس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب فهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما قال واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجتني بالفين فايهما اقام البينة تقبل بينته لانه نور دعوه بالحجة فان اقاما البينة فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته

في البيع المطلق المستثنى انتهى اقول جوابه ساقط جدا لان التحالف ليس مما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص كما لا يخفى فلو كان مجرد وقوع الخلاف في كون الاقالة بيعا ام لا عنده وعن ابن تينا ولها النص الوارد في البيع المطلق في حق حكم التحالف وكان ذلك مانعا عنده عن ابن تينا وبها النصوص الواردة في حق سائر الاحكام البيع المطلق اليضا مع ان احكام البيع المطلق جارية باسرها في الاقالة عنده على ما تقرر في بابها ثم اقول في دفع سواله ان اصل ابي يوسف رح في الاقالة انها بيع الا ان لا يمكن جعلها بيعا كالاقالة قبل القبض في المنقول فتجعل فسخا كما بينوا في باب الاقالة وفيما نحن فيه لما اختلفا في الثمن ولم يثبت قول احدهما صار الثمن مجهولا فلم يمكن جعله بيعا لعدم جواز البيع بالثمن المجهول كعدم جواز بيع المنقول قبل القبض فلم يتناوله النص الوارد في البيع المطلق فلم يجر التحالف فيه عنده ايضا لا بالنص ولا بالقياس قال اي محمد رح في بيوع الجامع الصغير ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن اي في راس المال فقال المسلم اليه كان راس المال خمسة وقال رب السلم كان عشرة فالقول قول المسلم اليه اي مع يمينه لان رب السلم يدعي عليه زيادة وهو ينكر ولا يعود السلم اي لا يتحالفان ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض اي الفسخ يعني ان المقصود من التحالف الفسخ والى الاشارة النبوية بقوله عليه الصلوة والسلام تحالفا وترادا والاقالة في باب السلم لا تحتمله لانه اي الاقالة في باب السلم وذكر الضمير بتاويل التقايل اسقاط للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع فانها تحتمل الفسخ ويعود المبيع الى المشتري بعد عوده الى البائع لكونه عينا قائما وذكر هذا بقوله الا يرى ان راس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب اي فقضى القاضي بالرد بالعيب على رب السلم وهلك اي في يد المسلم اليه قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود المبيع دل اي دل هذا الذي ذكره على الفرق بينهما اي بين السلم والبيع فان قيل ما الفرق لمحمد رح بين اقالة السلم وبين ما اذا هلكت السلعة ثم اختلفا في مقدار الثمن فانهما يتحالفان فيما اذا هلكت السلعة ولا يتحالفان في اقالة السلم اذا اختلفا في مقدار راس المال وان فات المعقود عليه في الفصلين جميعا قلنا الاقالة في السلم قبل قبض المسلم فيه تنفسخ من كل وجه والتحالف بعد هلاك السلعة يجري في البيع لا في الفسخ كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفوائد الظهيرية قال اي القدوري في مختصره واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجتني بالفين فايهما اقام البينة تقبل بينته قال المصنف في تعليله لانه نور دعواه بالحجة قال الشراح اما قبول بينة المرأة فظاهر لانها تدعي الزيادة وانما الاشكال في قبول بينة الزوج لانه منكر الزيادة وكان عليه اليمين لا البينة وانما قبلت لانه مدع في الصورة وهي كافية لقبولها انتهى وان اقاما البينة فالبينة بينة المرأة هذا من تمام كلام القدوري قال المصنف في تعليله لانها اي لان بينة المرأة تثبت الزيادة وقال في توجيهه معناه اذا كان مهر مثلها اي مهر مثل المرأة اقل مما ادعته وقال صاحب العناية في تفصيل المسئلة وان اقاما ولا يخلو اما ان يكون مهر المثل اقل مما ادعته او لا فان كان الاول فالبينة للمرأة لانها تثبت الزيادة وان كان الثاني فالبينة للزوج لانها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيئا لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل انتهى اقول في تحريره خلل حيث حكم في الاول على الاطلاق بكون البينة للمرأة وليس كذلك بل الاول ايضا لا يخلو من ان يكون مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل منه ومن ان يكون اكثر مما اعترف الزوج واقل مما ادعته المرأة فان كان الاول فالبينة للمرأة لانها تثبت الزيادة وان كان الثاني فيتعارض بينتهما حيث تثبت بينتها الزيادة وتثبت بينته الحط فتهاترتا فيجب مهر المثل وقد صرح بهذا التفصيل في عامة الكتب المعتبرة حتى المتون في باب المهر بل صرح به صاحب العناية ايضا في ذلك الباب من شرح هذا الكتاب واما قول المصنف معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته فليس بهذه المثابة من الخلل اذ يمكن ان يكون مراده به مجرد الاحتراز عما اذا كان اكثر مما ادعته لا التقسيم لتقسمي كون مهر مثلها اقل مما ادعته بخلاف تحرير صاحب العناية فان عبارته لا يخلو في قوله وان اقاما فلا يخلو اما ان يكون مهر المثل اقل مما ادعته او لا تقتضي شمول الاقسام كما لا يخفى على ذوي الافهام ولقد احسن الامام الزيلعي في هذا المقام حيث قال في شرح قول صاحب الكنز وان برهنا فللمرأة هذا اذا كان مهر المثل شهد للزوج وبينة المرأة تثبت خلاف الظاهر فكانت اولى وان كانت مهر المثل تشهد لها بان كان مثل ما تدعيه المرأة

وان لم تكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة رح ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضي بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر قضي بما ادعته المرأة وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم يثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال رضي الله عنه ذكر التحالف اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي رح لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف

او اكثر كانت بينة الزوج اولى لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر والبينات للاثبات وان كان مهر مثلها لا يشهد لها ولا له بان كان اقل مما ادعته المرأة واكثر مما ادعاه الزوج فالصحيح انهما تهاترا لانهما استويا في الاثبات لان بينتها تثبت الزيادة وبينته تثبت الحط فلا يكون احدهما اولى من الاخرى انتهى وان لم تكن لهما بينة اي ان عجزا عن اقامة البينة تحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه اي في النكاح فلا حاجة الى الفسخ بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده لبقائه بيعا بلا ثمن وهو فاسد على ما مر اي في كتاب البيوع بل في هذا الباب ايضا حيث قال او يقال لم يثبت البدل الذي هو بيع بلا بدل وهو فاسد فيفسخ اي البيع قال صاحب النهاية فان قلت النص لشرعية التحالف انما ورد في البيع والنكاح ليس في معناه وهذا فكيف تعدى حكم النص من البيع الى النكاح او نقول ان التحالف انما شرع في عقد يحتمل الفسخ لما ان الفسخ من احكام التحالف ولا فسخ في النكاح بعد التحالف بالاتفاق فيجب ان لا يشرع فيه التحالف لعدم حكمه قلت اما الاول فهو ورود النص في البيع معقولا لان المعنى الموجب للتحالف هناك موجود ههنا من كل وجه فيثبت التحالف في النكاح ايضا بدلالة النص وذلك لان الموجب للتحالف هناك هو ان كل واحد من المتعاقدين مدع ومنكر ولم يكن ترجيح احدهما على الآخر ثم والنكاح لتساويهما فيهما فاذا كان كذلك فثبت بينهما ههنا لان كل واحد منهما ينكر ما يدعيه الآخر فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه تمسكا بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر واما الثاني وهو ان الفسخ حكم التحالف والفسخ ليس بثابت ههنا فجوابه مذكور في الكتاب وايضاح ذلك هو ان التحالف انما اوجب الفسخ في التحالف لانه لما تعذر اثبات دعوى كل واحد منهما بسبب يمين الآخر لزم اخلاء العقد عن البدل والبدل اذا خلا في البيع يفسد البيع والفاسد يفسخ واما النكاح اذا خلا العوض عنه فلا يفسد كما لو لم يذكر التسمية واذا لم يفسد النكاح لا يفسخ اذ الفسخ انما كان بسبب الفساد وقد اشار الى هذا الشارح في الفوائد الظهيرية وقد انتفى اثره في نفس السؤال وهذين الجوابين صاحب معراج الدراية وصاحب العناية اقول في كل واحد من الجوابين بحث اما في الاول فلان المعنى الموجب للتحالف وهو كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عدم امكان ترجيح احدهما على الآخر انما يوجد ههنا قبل تسليم المرأة نفسها الى الزوج واما بعد التسليم فلا لان الزوج لا يدعي على المرأة حينئذ شيئا اذ المقصود حاصل له سالم وبقي دعوى المرأة في زيادة المهر والزوج ينكرها فقياس ما تقرر في الاختلاف في البيع بعد القبض والمسئلة فيما نحن ليست بمفروضة قبل القبض بل هي عامة لما قبل القبض وما بعده بل كانت هي مصورة في بعض الشروح بصورة تختص بالبعد فبقي السؤال في هذه الصورة الا على قول محمد رح فانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا كما مر واما في الثاني فلان حاصله بيان سبب عدم ثبوت الفسخ في النكاح وهو لا يدفع السؤال اذ ليس فيه ما يشعر بالنزاع او التردد في عدم ثبوت الفسخ في النكاح بل حاصله ان التحالف انما شرع لحكمة هي الفسخ فاذا لم يثبت الفسخ في النكاح ينبغي ان لا يجري فيه التحالف ايضا ويؤيده ان التحالف لم يجر فيما اذا اختلفا في الاقالة في السلم لعدم احتمال الاقالة في باب السلم الفسخ كما مر قبيل مسائل منثورة فتأمل ولكن يحكم مهر المثل هذا استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح اي لكن يحكم بمهر المثل لقطع النزاع فان كان اي مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل اي مما اعترف به الزوج قضي بما قال الزوج لان الظاهر اي ظاهر الحال شاهد له اما في صورة كون مهر المثل مثل ما اعترف الزوج فظاهر واما في صورة كون مهر المثل اقل مما اعترف به الزوج فلكون قوله اقرب الى مهر المثل من قولها وان كان اي مهر المثل مثل ما ادعته المرأة او اكثر اي مما ادعته المرأة قضي بما ادعت المرأة لان الظاهر شاهد لها حينئذ لمثل ما بيناه آنفا وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم يثبت الزيادة على مهر المثل اي بسبب حلف الزوج ولا الحط عنه اي بسبب حلف المرأة قال اي المصنف رضي الله عنه ذكر اي القدوري التحالف اولا ثم التحكيم وهذا اي ما ذكره القدوري قول الكرخي رح لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية لانه موجب نكاح لا تسمية فيه وسقوط اعتبارها بالتحالف اي سقوط اعتبار التسمية

فلهذا يقدم في الوجوه كلها ويبدء بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رح تعجيلا لفائدة النكول كما في المشتري وتخريج الرازي رح بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف رح فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه اختلفا في البدل او في المبدل

انما هو بالتحالف فلهذا يقدم اي التحالف في الوجوه كلها يعني فيما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل منه او كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر منه او كان اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة فهذه خمسة وجوه ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجيلا لفائدة النكول لان اول التسليمين عليه فيكون اول اليمينين عليه كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفتاوى الظهيرية كما في المشتري اي كما يبدأ بيمين المشتري على القول الصحيح تعجيلا لفائدة النكول كما مر وتخريج الرازي بخلافه اي تخريج ابي بكر الرازي بخلاف قول الكرخي فان الرازي يقول بتحكيم مهر المثل اولا فاذا شهد مهر المثل لاحدهما ثم القول بالتحالف اذا لم يشهد ذلك لاحدهما قال المص وقد استقصيناه اي تخريج الرازي في النكاح اي في كتاب النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف رح وهو ان القول في جميع ذلك قول الزوج الا ان ياتي بشئ قليل في رواية الا ان ياتي بشئ مستنكر يكلموني تفسيره على ما مر بيانه في كتاب النكاح فلا نعيده اي لا نعيد ذكر خلافه ههنا قال صاحب النهاية وهذا اي تخريج الرازي هو الاصح لان تحكيم مهر المثل ههنا ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوى ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه كذا ذكره الامام قاضيخان والمحبوبي انتهى وقال صاحب غاية البيان قالوا ان قول الكرخي هو الصحيح لان مهر المثل لا يثبت مع وجود التسمية وانما ينعدم التسمية بالتحالف لانه يكون كان العقد لم يكن فيه تسمية اصلا فيصار الى مهر المثل فاما لم يثبت مهر المثل مع وجود التسمية كيف يكون الظاهر مع الذي وافقه مهر المثل انتهى وقال صاحب العناية اقول ان ارادوا بقولهم هو الصحيح انه غيره يجوز ان يكون اصح فلا كلام وان ارادوا ان غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية لان التسمية تمنع المصير الى مهر المثل لايجابه واما التحكيم لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع انتهى وانا اقول ان قوله ان ارادوا بقولهم هو الصحيح ان غيره يجوز ان يكون اصح فلا كلام ليس بصحيح اذ لا مجال لارادة هذا المعنى من ذلك اللفظ لانهم ما قالوا هو صحيح حتى لا ينافي كون غيره اصح بل قالوا هو الصحيح بقصر المسند على المسند اليه وهو قصر الصفة على الموصوف كما ترى فاذا كانت صفة الصحة مقصورة عليه فكيف يجوز ان يتصف غيره بالاصحية والاتصاف بالاصحية يستلزم الاتصاف باصل الصحة لانها زيادة الصحة اللهم الا ان يكون مراده لا كلام في المراد لا في الارادة فتامل ثم قال صاحب العناية ولقائل ان يقول ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع اذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فانه لا محظور فيه ويمكن ان يجاب عنه بان مهر المثل امر معلوم ثابت بيقين فجاز ان يكون حكما بخلاف القيمة فانها يعلم بالحزر والظن فلا يفيد المعرفة فلا يجعل حكما انتهى واقول في جوابه تحكم حيث جعل مهر المثل امرا معلوما ثابتا بيقين والقيمة امرا مظنونا غير مفيد للمعرفة والحال انهما ان كانا مستفادتين في المعرفة فمهر المثل اخفى من القيمة اذ قد تقرر في باب المهران مهر المثل يعتبر بقرابة المرأة من قوم ابيها ويعتبر فيه التساوي بين المرأتين سنا وجمالا ومالا وعقلا ودينا وبلدا وعصرا وبكارة وثيابة ولا يخفى ان معرفة هذه الشرائط عسير جدا بخلاف القيمة اذ يكفي فيها نوع خبرة باحوال الامتعة كما لا يخفى فالعمدة في الجواب ما ذكره صاحب النهاية والكفاية حيث قالا وانما القيمة هناك بما يدعيه احدهما غير ممكن وان كانت القيمة مطابقة لما يدعيه احدهما لان القيمة لا يمكن اثباتها ثمنا بمطلق العقد ومهر المثل يمكن اثباته مهرا بمطلق العقد وهذا هو الفرق بينهما انتهى وقال صاحب النهاية الى هذا اشار في الفوائد الظهيرية ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة يعني انه يحكم مهر المثل اولا فمن شهد له فالقول له وان كان بينهما تحالفا واليه مال الامام فخر الاسلام وهو تخريج الرازي واما على تخريج الكرخي فيتحالفان اولا كما تقدم كذا في العناية الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها اي للمرأة قيمتها اي قيمة الجارية دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد اي التراضي فوجبت القيمة اي قيمة الجارية وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا هذا لفظ القدوري في مختصره قال المص معناه اختلفا في البدل اي في الاجرة او في المبدل اي المعقود عليه وهو المنفعة وهذا احتراز عن اختلافهما في الاجل فانه لا يجري في التحالف بينهما فيه بل القول قول من ينكر الزيادة كذا في النهاية ومعراج الدراية ثم ان الظاهر كان ان يريد المص على قوله في البدل

لان التحالف فی البیع قبل القبض علی وفاق القیاس علی ما مر والاجارة قبل قبض المنفعة نظیر البیع قبل قبض المبیع وکلامنا قبل استیفاء المنفعة
فان وقع الاختلاف فی الاجرة یبدئ بیمین المستاجر لانه منکر لوجوب الاجرة وان وقع فی المنفعة یبدئ بیمین المؤجر فایهما نکل لزمه دعوی
صاحبه وایهما اقام البینة قبلت ولو اقاماها فبینة المؤجر اولی ان کان الاختلاف فی الاجرة وان کان فی المنافع فبینة المستاجر
اولی وان کان فیهما قبلت بینة کل واحد منهما فیما یدعیه من الفضل نحو ان یدعی هذا شهرا بعشرة والمستاجر شهرین بخمسة یقضی بشهرین بعشرة

او المبدل او فیهما کما زاده صاحب الکافی لیتناول الصور الثلث الآتیة وکانه اراد لتبدیه منع انحصار اختلافهما فیما ذکرناه انما لا منع فیها ولها ایضا فی زیادة لان التحالف
فی البیع قبل القبض علی وفاق القیاس من حیث ان کل واحد من المتبایعین منکر لما یدعیه صاحبه وکان الیمین علی من انکر علی ما مر ای فی اول هذا الباب والاجارة قبل
قبض المنفعة نظیر البیع قبل قبض المبیع من حیث ان کل واحد منهما عقد معاوضة یلحقه الفسخ لیس فیه معنی التبرع وکلامنا قبل استیفاء المنفعة لان وضع مسئلتنا فی اختلافهما
فی الاجارة قبل استیفاء المعقود علیه فصار الاختلاف فی الاجارة قبل قبض المنفعة کالاختلاف فی البیع قبل قبض المبیع فیجری التحالف ههنا کما جری ثمه فان قیل قیام
المعقود علیه شرط التحالف والمنفعة معدومة فوجب ان لا یجری فیها التحالف قلنا انا معدوم یجری التحالف کما فی السلم وان العین المستاجرة اقیمت مقام المنفعة فی حق ایراد
العقد علیها فصارت کانها قائمة کذا ذکره الامام الزیلعی فی التبیین فان وقع الاختلاف فی الاجرة یبدی بیمین المستاجر لانه منکر لوجوب الاجرة ای لوجوب زیادة الاجرة
علی حذف المضاف قال صاحب العنایة اخذا من شرح تاج الشریعة فان قیل کان الواجب ان یبدأ بیمین الآجر لتعجیل فائدة النکول فان تسلیم المعقود علیه واجب
اولا علی الاجر ثم وجب الاجرة علی المستاجر بعده اجیب بان الاجرة ان کانت مشروطة التعجیل فهو الاسبق انکارا فیبدأ به وان لم تشترط لا یمتنع الاجر من تسلیم العین
المستاجرة لان تسلیمه لا یتوقف علی قبض الاجرة فبقی انکار المستاجر لزیادة الاجرة فیحلف انتهی وقد اقتفی اثره الشارح العینی اقول فی الجواب بحث من وجوه الاول
ان الموجر وان لم یمتنع من تسلیم العین المستاجرة بما ادعاه من الاجرة ولکن یمتنع من تسلیمها بما اعترف به المستاجر منها فان تسلیمه ایاه وان لم یتوقف علی قبض الاجرة
الا انه یتوقف علی تعینها والا لم یکن الموجر منکر الوجوب تسلیم المعقود علیه بما یدعیه المستاجر فیلزم ان لا یکون الاجارة قبل قبض المنفعة نظیر البیع قبل قبض المبیع بل یخلف
والثانی ان ما ذکره ههنا منقوض بما اذا اختلف المتبایعان فی المبیع دون الثمن فان المشتری هناک ایضا لا یمتنع من تسلیم الثمن بناء علی ان تسلیمه لا یتوقف علی قبض
المبیع مع انه یبدأ فیه بیمین المشتری کما یبدأ بیمینه فی صورة الاختلاف فی الثمن لیعجل تعجیل فائدة النکول الثالث ان قوله فبقی انکار المستاجر لزیادة الاجرة فیحلف
ان اراد به انه لا انکار للموجر اصلا کما هو المتبادر من العبارة فلیس بصحیح اذ یلزم حینئذ ان لا یحلف الموجر اصلا فیختل وضع المسئلة لان وضعها فی التحالف لا فی
حلف الواحد وان اراد به ان للموجر ایضا انکارا الا ان فی انکار المستاجر ما یقتضی البداءة بیمینه فهو اول المسئلة ولم یظهر بعد ثم ان تاج الشریعة اجاب بعد الجواب المذکور
بوجه آخر حیث قال ولان الاجارة اعتبرت بالبیع ومن شرط القیاس ان لا یتغیر حکم النص فی الفرع بل یعدی حکم الاصل بعینه وذلک فیما قلنا انتهی اقول وفیه ایضا بحث
لان هذا منقوض بالصورة الثانیة الآتیة وهی ما اذا وقع الاختلاف فی المنفعة فانه یبدأ فیها بیمین الموجر فیلزم مما ذکر ان یتغیر فیها حکم النص وان لا یعدی حکم الاصل
بعینه فان حکمه ان یبدأ بیمین المشتری من غیر فصل بین ان یقع الاختلاف فی البدل وان یقع فی المبدل علی ما مر ثم ان التحقیق ان حکم النص مجرد ثبوت التحالف
للمتعاقدین عند اختلافهما فی العقد من غیر تعیین من یبدأ بیمینه منهما وانما یستفاد ذلک من دلیل آخر فلا یلزم تغیر النص فی شیء من الصورتین ولا یتم الجواب
وان وقع ای الاختلاف فی المنفعة بدأ بیمین الموجر لانه منکر لزیادة المنفعة وایهما نکل لزمه دعوی صاحبه لان نکوله بذل او اقرار علی ما مر وایهما اقام البینة قبلت
لانه نور دعواه بالحجة ولو اقاماها ای البینة فبینة المواجر اولی ان کان الاختلاف فی الاجرة لان بینته تثبت الزیادة حینئذ وان کان ای الاختلاف من
المنافع فبینة المستاجر اولی لانها تثبت الزیادة حینئذ وان کان فیهما ای وان کان الاختلاف فی الاجرة والمنافع معا قبلت
بینة کل واحد فیما یدعیه من الفضل نحو ان یدعی هذا ای الموجر شهرا بعشرة والمستاجر شهرین بخمسة یقضی بشهرین بعشرة لا یقال کان الاحسن ان یقدم
ذکر احوال اقامة البینة علی ذکر احوال الیمین والنکول لان المصیر الی الیمین بعد العجز عن اقامة البینة والنکول فرع تکلیف الیمین وقد عکس المص الامر لانا
نقول العمدة فی هذا الباب بیان امر التحالف وباقی الاقسام استطرادی فقدم الاهم فی هذا المقام وکان صاحب العنایة لم ینتبه لهذه النکتة حیث غیر اسلوب المص

قال وإن اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ظاهر لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على أصل محمد رحمه الله لأن الهلاك إنما يمنع عنده في المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لأن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين أنه لا عقد وإذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر لأن العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كأن ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لأن العقد فيه دفعة واحدة فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل

قال وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع والجامع أن المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند أداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما إذا اختلفا في الثمن ولأبي حنيفة أن البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد وإنما ينقلب مقابلا بالعتق عند الأداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان قال وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة

تقدم ذكر احوال اقامة البينة قال اي القدوري في مختصره وان اختلفا بعد الاستيفاء اي بعد استيفاء المعقود عليه تمامه لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر وهذا اي عدم التحالف ههنا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وقد هلك المعقود عليه ههنا بعد الاستيفاء لانه المنفعة وهي عرض والعرض لا يبقى زمانين وكذا على اصل محمد رح لان الهلاك انما لا يمنع عنده في المبيع لما ان له اي للمبيع قيمة تقوم مقامه لان العين متقومة بنفسها وكانت القيمة قائمة مقامها فيتحالفان عليها اي فيتحالف المتعاقدان عنده على القيمة ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد بناء على ان فائدة التحالف هي الفسخ فلا قيمة اي للمعقود عليه لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد اي بل تتقوم بالعقد وتبين انه لا عقد اي وتبين بحلفهما انه لا عقد بينهما لانفساخه من الاصل فظهر انه لا قيمة للمنفعة واذا كان كذلك كان المبيع غير قائم ولا الذي يقوم مقامه فامتنع التحالف والظاهر اذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه اي هو الذي استحق عليه ومتى وقع الاختلاف في الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه كذا في الكافي واذا اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله لان العقد اي عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فيصير اي العقد في كل جزء من المنفعة كانه ابتداء العقد عليها اي على كل جزء من المنفعة فصار الباقي من المنافع كالمنفرد بالعقد وكان الاختلاف بالنسبة اليه قبل استيفاء المعقود عليه وفيه التحالف واما الماضي فالقول فيه قول المستأجر لان المنافع الماضية هالكة وكان الاختلاف بالنسبة اليها بعد الاستيفاء ولا تحالف فيه والقول قول المستأجر بالاتفاق كما مر آنفا بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل ضرورة قال اي القدوري في مختصره واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح والقول للعبد مع يمينه كذا في الكافي وغيره وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رح لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه اي على المولى عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا اي المتبايعان في الثمن ولابي حنيفة رح ان البدل اي بدل الكتابة مقابل بفك الحجر لان الكتابة عقد معاوضة وقد وجب بدل الكتابة على العبد فيجب ان يثبت للعبد ايضا شيء وما ذاك الا فك الحجر في حق اليد والتصرف للحال اللام في الحال متعلق بمقابل اي مقابل الحال وهو اي فك الحجر في حق اليد والتصرف سالم للعبد لاتفاق العبد والمولى على ثبوت الكتابة وانما ينقلب اي البدل مقابلا بالعتق عند الاداء اي عند اداء المكاتب بدل الكتابة بتمامه فقبله اي قبل الاداء لا مقابلة اي لا مقابلة بالعتق ولا العتق قبل الاداء وليس كذلك قطعا وكان هذا نظير اجارة الدار حيث جعلنا رقبة الدار في ابتداء العقد في الاجارة اصلا ثم ننتقل منها الى المنفعة وهي المطلوبة آخرا كذا في الكتابة جعلنا الفك في حق اليد والتصرف اصلا في ابتداء العقد ثم عند الاداء جعلنا العتق اصلا وانتقل من فك الحجر الى العتق كذا في النهاية والكفاية فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير يعني اذا كان ما يقابل البدل في الحال سالما للعبد فقط فقد بقي امرهما اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان لان العبد لا يدعي شيئا على المولى بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه وان اقام احدهما بينة تقبل بينته لانه نور دعواه بها وان اقاما البينة كانت بينة المولى اولى لانها تثبت الزيادة الا انه اذا ادى قدر ما اقام البينة عليه يعتق لانه اثبت الحرية لنفسه عند اداء هذا القدر فوجب قبول بينته على ذلك فصار نظير ما لو كاتبه على الف درهم على انه ان ادى خمسمائة يعتق ولا يمنع ان يكون عليه بدل الكتابة بعد الحرية كما ذكرناه وكما لو استحق بدل الكتابة فان الحرية لا ترتفع بعد النزول ويجب عليه البدل كذا ذكره الامام الزيلعي في التبيين قال اي القدوري في مختصره واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل اي مع اليمين كذا في جانب المرأة كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام قاضيخان والامام التمرتاشي كالعمامة والقلنسوة والقباء والكتب والقوس

لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية لشهادة الظاهر لها وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج
والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح وبعد ما وقعت الفرقة فان مات احدهما
واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها
والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تاتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر والطلاق والموت سواء لقيام الورثة
مقام مورثهم وقال محمد رح ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل او لورثته لما قلنا لابي حنيفة رح
والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحيوة لان يد الحر اقوى وللحي بعد الممات

والدرع والمنطقة ونحوها لان الظاهر شاهد له وفي الدعاوى القول قول من يشهد له الظاهر وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية والدرع والخمار والملحفة والملاءة
ونحوها لشهادة الظاهر لها قال الامام التمرتاشي الا اذا كان الرجل صانعا وله اساور وخواتيم النساء والحلي والخلخال وامثال ذلك فحينئذ لا يكون مثل هذه الاشياء
لها وكذلك اذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال كذا في الشروح وما يصلح لهما كالآنية والذهب والفضة والامتعة والعقار ونحوها فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج
لانه قوام عليها والسكنى تضاف اليه والقول في الدعاوى لصاحب اليد الا يرى انه اذا تنازع اثنان في شيء وهو في يد احدهما كان القول قوله كذا هنا بخلاف ما يختص
بها اي بالنساء لانه يعارضه اي يعارض ظاهر الزوج باليد ظاهر اقوى منه وهو يد الاختصاص بالاستعمال فجعلنا القول قولها كرجلين اختلفا في ثوب احدهما
لابسه والآخر متعلق بكمه فان اللابس اولى كذا في الكافي وغيره قال صاحب العناية ويندفع بهذا ما اذا اختلف العطار والاسكاف في آلات الاساكفة وآلات العطارين
وهي في ايديهما فانها يكون بينهما نصفين عند علمائنا ولم يترجح بالاختصاص لان المراد به ما هو بالاستعمال ولم تشاهد استعمال الاساكفة والعطارين فشاهدنا
كون هذه الآلات في ايديهما على السواء فجعلناها نصفين انتهى اقول فيه كلام وهو ان مقتضى هذا الفرق لزوم كون استعمال الزوج او المرأة مشاهدا فيما نحن فيه
مع ان الظاهر مما ذكر في هذا الكتاب وفي سائر المعتبرات ان مجرد الصلاحية لاحدهما كاف في الترجيح وان لم يشاهد استعماله ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف
في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفرقة اي لا فرق بينهما فيما مر من الجواب ثم ان ما ذكر حكم الاختلاف قبل موت احدهما فان مات احدهما واختلف ورثته
مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما ايهما كان لان اليد للحي دون الميت اي لا يد للميت وهذا الذي ذكرناه يعني من حيث الجملة لا من حيث التفصيل
قول ابي حنيفة رح لان المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فان كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالاجماع فلا اختصاص له بذلك
كذا في العناية وقال ابو يوسف رح يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها وهذا الذي ذكره ابو يوسف رح في المشكل واما فيما يختص به كل واحد من الزوجين فقوله كقولهما
من غير اعتبار جهاز مثلها هكذا ذكر في المبسوط وشروح الجامع الصغير وفي لفظ الكتاب نوع تخليط حيث لم يذكر قول ابي يوسف رح هذا فيما ذكر قولهما في حق المشكل
وكان من حقه ان يقول وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل وقال ابو يوسف رح يدفع للمرأة ما يجهز به مثلها كذا في النهاية ومعراج الدراية والباقي اي من المشكل
للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تاتي بالجهاز تعليل لقوله يدفع المرأة ما يجهز به مثلها وهذا اقوى اي هذا الظاهر وهو ان المرأة تاتي بالجهاز ظاهر اقوى لجريان
العادة بذلك فيبطل به ظاهر الزوج وهو يده ثم في الباقي لا معارض لظاهره اي لظاهر الزوج فيعتبر وقوله ثم في الباقي الى هنا تعليل لقوله والباقي للزوج مع
يمينه والطلاق والموت سواء اي عند ابي يوسف رح لقيام الورثة مقام المورث وقال محمد رح ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما كان
لهما فهو للرجل اي ان كان حيا او لورثته ان كان ميتا لما قلنا لابي حنيفة رح من الدليل وهو ان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد وهذا
بالنسبة الى الحيوة واما بالنسبة الى الممات فقوله والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وذكر في الفوائد محمد رح يقول ورثة الزوج يقومون
مقام الزوج لانهم خلفاؤه في ماله فكما ان في المشكل القول قوله في حيوته فكذلك بعد مماته كان القول قول ورثته وابو حنيفة رح يقول يد الباقي منهما الى المتاع
اسبق لان الوارث انما يثبت يده بعد موت المورث وكما يقع الترجيح فيما نحن فيه لقوة اليد نظرا الى صلاحية الاستعمال فكذا يقع الترجيح بسبق اليد ولان يد الباقي
منهما يد حقيقية ويد الوارث خلف عن يد المورث فهذا نوع من الترجيح فكان المشكل للباقي منهما كذا في النهاية ومعراج الدراية وان كان احدهما اي احد الزوجين
مملوكا اي سواء كان محجورا او ماذونا له او مكاتبا فالمتاع للحر في حالة الحيوة لان يد الحر اقوى لكون اليد يد نفسه من كل وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى ثم
الاقوى اولى ولهذا قلنا في الحرين فما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه وما يصلح للنساء فهو للمرأة لذلك كذا في العناية وللحي بعد الممات اي والمتاع للحي

بعد الممات لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات

فصل فيمن لا يكون خصما واذا قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا اذا قال آجرنيه واقام البينة لانه اثبت بالبينة ان يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة لا تندفع لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بيناه من قبل ولا تندفع بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى لانه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بالحجة كما اذا ادعى تحويل الدين من ذمته الى ذمة غيره

بعد الممات اي للتابع له بعد الممات حرا كان الميت او مملوكا هكذا وقع في عامة شروح الجامع الصغير قال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة وللحر بعد الممات ثم قال شمس الائمة ووقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو كذا في الشروح واختار المص مختار العامة واستدل عليه بقوله لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض فكان التابع له وهذا اي ما ذكر من جواب المسئلة بلا فصل بين العبد المحجور والعبد المأذون والمكاتب عند ابي حنيفة رح وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شيء هو في ايديهما قضي به بينهما لاستوائهما في اليد ولو كان في يد ثالث واقاما البينة استويا فيه فكما لا يترجح الحر بالحرية في سائر الخصومات فكذا في متاع البيت والجواب ان اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر في السكنى اصل دون المملوك فلا يعارض بينهما كذا في العناية

فصل فيما لا يكون خصما لما ذكر احكام من يكون خصما شرع في بيان من لا يكون خصما للمناسبة المضادة بينهما وقدم الاول لكون ذكره العمدة في المقام لان كتاب الدعوى وهي عبارة عن الخصومة واما ذكر الثاني فليتضح به الاول اذ الاشياء تتبين باضدادها فان قيل الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما ايضا قلنا نعم لكن من حيث الفرق لا من حيث القصد الاصلي وان قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي هذا لفظ القدوري يعني اذا ادعى رجل عينا في يد رجل انه ملكه فقال المدعى عليه الذي هو ذو اليد هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه واقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعي قال المص رح وكذا اذا قال آجرنيه واقام البينة اي اذا قال المدعى عليه آجرنيه فلان الغائب واقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعي ايضا وقال في النهاية وكذا اذا قال المدعى عليه انه عارية عندي او ما اشبه ذلك كذا في الذخيرة انتهى لانه اثبت بالبينة ان يده ليست بيد خصومة تعليل لمجموع المسائل المذكورة يعني ان المدعى عليه اثبت ببينة ان يده ليست بيد خصومة وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم قال الامام الزيلعي في التبيين بعد ذكر هذا الدليل فصار كما اذا اقر المدعي بذلك او اثبت ذو اليد اقراره به ثم قال والشرط اثبات هذه الاشياء دون الملك حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه الاشياء لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع انتهى وقال ابن شبرمة لا تندفع اي الخصومة وان اقام البينة على ما قال لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه اي عن الغائب لان الغائب لم يوكله باثبات الملك له يعني ان ذا اليد اثبت ببينة الملك للغائب واثبات الملك للغائب بدون خصم عنه متعذر اذ لا ولاية لاحد في ادخال الشيء في ملك غيره بلا رضاه ودفع الخصومة بناء عليه اي على اثبات الملك للغائب والبناء على المتعذر متعذر قلنا اي في الجواب عما قاله ابن شبرمة مقتضى البينة شيئان احدهما ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت وثانيهما دفع خصومة المدعي وهو اي المدعى عليه خصم فيه فيثبت اي فيثبت فيه دفع الخصومة في حقه وبناء الثاني على الاول ممنوع لانفكاكه عنه وقد اشار اليه بقوله وهو كالوكيل بنقل المرأة اي الى زوجها واقامتها عطف على الوكيل اي وكاقامة المرأة البينة على الطلاق يعني ان ما نحن فيه نظير ما اذا وكل رجلا وكيلا بنقل امرأته اليه فاقامت المرأة بينة ان الزوج طلقها فان بينتها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ولا تقبل في وقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب كما بيناه من قبل اي في باب الوكالة بالخصومة والقبض فكذا فيما نحن فيه تقبل البينة لدفع خصومة المدعي عن المدعى عليه ولا تقبل في اثبات الملك للغائب وهذا لان مقصود المدعى عليه باقامة البينة ليس باثبات الملك للغائب انما مقصوده اثباته ان يده يد حفظ لا يد خصومة وفي هذا المدعي خصم له فيجعل اثباته عليه بمنزلة اقرار خصمه لذلك ولا تندفع اي الخصومة بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى فانه قال باندفاعها بمجرد اقرار المدعى عليه بدون اقامة البينة وجه قوله ان ذا اليد اقر بالملك لغيره والاقرار يوجب الحق بنفسه لخلوه عن التهمة فتبين ان يده يد حفظ فلا حاجة الى البينة ووجه الجواب عنه ما ذكره المص بقوله لانه اي ذا اليد صار خصما بظاهر يده ولهذا كان للقاضي احضاره وتكليفه بالجواب فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فهو متهم في اقراره فلا يصدق الا بالحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره بالحوالة فانه لا يصدق هناك فكذا هنا الا ببينة

وقال ابو يوسف رح آخراً ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه الخصومة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما احاله الى معين يمكن المدعي من اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذلك الجواب عند محمد رح للوجه الثاني

يلزم اثبات اقرار نفسه ببينة وهو غير معهود في الشرع لانا نقول البينة لاثبات اليد الحافظة التي انكرها المدعي لا لاثبات الاقرار كذا في العناية واستشكل بعض الفضلاء قوله في السؤال وهو غير معهود في الشرع حيث قال قد سبق في اول كتاب الدعوى ان اليد لا يثبت في العقار الا بالبينة ولا يعتبر اقرار المدعى عليه باليد انتهى اقول هذا ليس بشيء اذ ليس مراد صاحب العناية ان عدم اعتبار اقرار المدعى عليه لم يعهد في الشرع كيف لا يخفى على مثله ان عدم اعتبار ذلك كثير في المسائل الشرعية لعلل شتى كعدم اعتبار اقرار المريض للوارث وعدم اعتبار اقراره بعين في يده لآخر في حق غرماء الصحة كعدم اعتبار اقرار الرجل بنسب من غير الوالدين كالاخ والعم وكعدم اعتبار اقرار المرأة بالولد ايضا الى غير ذلك انما مراده ان اثبات اقرار نفسه بالبينة لم يعهد في الشرع وليس فيما ذكر من صورة دعوى العقار اثبات المقر اقرار نفسه بالبينة لان اثبات اليد بالبينة في دعوى العقار انما يجب على المدعي لا على المدعى عليه الذي هو المقر وقال ابو يوسف رح ان كان الرجل صالحا فالجواب اي جواب المسئلة كما قلناه اي يندفع عنه الخصومة باقامة البينة وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة وان اقام البينة كما قال ابن شبرمة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله سرا الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود علانية فيحتال لابطال حق غيره اي يكون مقصوده من ذلك الاضرار بالمدعي ليتعذر عليه اثبات حقه بالبينة فاذا اتهمه القاضي به اي بالاحتيال لا يقبله اي لا يقبل ما منعه قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه ما ذهب اليه ابو يوسف رح استحسان ذهب اليه بعد ما ابتلي بالقضاء مارس قضاء فوقف على احوال الناس ما لم يعرفه غيره وما قالاه قياس لان البينات حجج متى قامت يجب العمل بها ولا يجوز ابطالها بمجرد الوهم كذا في غاية البيان واعلم ان هذا الاختلاف انما يكون اذا كانت العين قائمة في يد المدعى عليه واليه اشار بقوله هذا الشيء اودعنيه فان الاشارة الحسية لا تكون الا الى موجود في الخارج واما اذا هلكت فلا يندفع الخصومة وان اقام البينة لانه اذا كانت قائمة قد واليه ينتصب خصما بظاهر اليد لانه دليل الملك الا انه يحتمل غيره فيندفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل واما اذا هلكت فالدعوى تقع في الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعي بذمته وبما اقام المدعى عليه من البينة على ان العين كانت في يده وديعة لا يتبين ان ذمته كانت لغيره فلا يتحول عنه الخصومة كذا في العناية وكثير من الشروح ثم ان الذي ذكر في الكتاب اي اذا قال الشهود اودعه رجل نعرفه باسمه ونسبه ووجهه ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه اي اصلا لا باسمه ولا بنسبه ولا بوجهه لا يندفع بالخصومة اي بالاجماع كذا في الكافي والشروح والظاهر ان مرادهم بالاجماع ههنا اجماع ائمتنا الثلاثة او اجماع ما عدا ابن ابي ليلى فان شهادة الشهود ليست بشرط عنده في اندفاع الخصومة كما مر قال المصنف في تعليل المسئلة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي حيث لم يعرفوه ولانه اي ذا اليد ما احاله اي ما احال المدعي الى معين يمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت اي الخصومة لتضرر به المدعي اقول في تعليله الثاني قصور اما من حيث اللفظ فلانه اضمر فيه المدعي اولا حيث قال ما احاله واظهره ثانيا حيث قال يمكن للمدعي اتباعه ولا يخفى على من له معرفة باساليب الكلام سماجة ذلك وكون الوجه اما العكس واما الاضمار في المقامين واما من حيث المعنى فلانه جعله دليلا مستقلا على المسئلة الاجماعية مع انه منقوض على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله بالمسئلة الآتية وهي ما لو قال الشهود نعرفه بوجهه لا نعرفه باسمه ونسبه فان الحكم المذكور يتخلف عنه هناك عندهما كما سيظهر وكان الامام الزيلعي تنبه لهذا فجعل الدليلين دليلا واحدا حيث قال في تعليل هذه المسئلة في التبيين لانهم ما احالوا المدعي على رجل معروف يمكن مخاصمته ولعل المدعي هو ذلك الرجل فلو اندفعت لبطل حقه انتهى ثم ان الظاهر كان ان يقول المصنف ايضا لانهم ما احالوه بدل قوله لانه ما احاله لان المسئلة في ان لا يعرفه الشهود لا في ان لا يعرفه ذو اليد كما لا يخفى وتوجيه ما قاله المصنف ان شهادة الشهود لما كانت لاجل ذي اليد نسب الحكم اليه ويحتمل ان يكون الضمير البارز في قوله لانه والضمير في قوله ما احاله راجعين الى الشهود بتاويل من يشهد ولو قالوا اي الشهود نعرفه اي الرجل الذي اودعه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب اي جواب المسئلة عند محمد رح للوجه الثاني وهو قوله ولانه ما احاله على معين الخ فصار بمنزلة ما لو قالوا اودعه رجل لا نعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روي عن

وعند ابي حنيفة رح تندفع لانه اثبت ببينته ان العين وصل اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجه بخلاف الفصل الاول فلم يكن يده يد خصومة وهو المقصود والذي هو الذي اضره بنفسه حيث نسي خصمه او اضر شهوده دون المدعي عليه وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى وقد ذكرنا الاقوال الخمسة وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبته مني او سرقته مني لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد اودعنيه فلان واقام البينة لم تندفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وهذا استحسان وقال محمد رح تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درءا للحد شفقة عليه فاقام حسبة الستر

رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لرجل اتعرف فلانا قال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه ومن حلف لا يعرف فلانا وهو يعرفه وجهه ولا يعرف اسمه ونسبه لا يحنث كذا في الكافي والشروح وعند ابي حنيفة رح يندفع لانه اي المدعى عليه اثبت ببينته ان العين وصل اليه من جهة غيره اي غير المدعي حيث عرفه الشهود بوجه فحصل العلم بقين ان المودع غير هذا المدعي بخلاف الفصل الاول وهو ما قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه اصلا فلم تكن يده اي لم تكن يد المدعى عليه في الفصل الثاني يد خصومة لعدم كونها يد ملك بل يد حفظ وهو المقصود اي لا يكون يده يد خصومة بل يد حفظ هو مقصوده وقد افاده الشهادة فالحديث المار يدل على نفي المعرفة التامة وليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي تعريفا تاما انما عليه ان تثبت انه ليس بخصم وقد اثبت والمدعي هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه او اضر شهوده اي شهود المدعى عليه هو ذو اليد وهو جواب عن قول محمد رح فلو اندفعت الخصومة لتضرر به المدعي ووجهه ان الضرر اللاحق بالمدعي انما لحقه من جهة نفسه حيث نسي خصمه او من جهة شهود المدعى عليه لا من جهة ذي اليد وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى اي هذه المسئلة من بين مسائل الدعوى التي تسمى مخمسة كتاب الدعوى لان فيها خمسة اقوال كما اشار اليه بقوله وقد ذكرنا الاقوال الخمسة وهي قول ابن شبرمة وقول ابن ابي ليلى وقول ابي يوسف وقول محمد وقول ابي حنيفة رحمهم الله اولان فيها خمس صور وهي الايداع والاعارة والاجارة والرهن والغصب كما ذكروه ايضا وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم هذا لفظ القدوري يعني ان قال المدعى عليه اشتريت هذا الشيء من الغائب فهو خصم للمدعي لانه اي المدعى عليه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما لما ادعى الملك مطلقا وان قال المدعي غصبته مني اي غصبت هذا الشيء مني او سرقته لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه اي لان ذا اليد انما صار خصما بدعوى الفعل عليه اي بدعوى المدعي الفعل وهو الغصب والسرقة على ذي اليد لا بيده اي لم يصر ذو اليد في دعوى الفعل خصما بيده ثم ان الفعل في اليد لا يتردد بين ان يكون له ولغيره حتى يقال انه تثبت بالبينة ان فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه بخلاف دعوى الملك المطلق لانه اي ذا اليد خصم فيه اي في دعوى الملك المطلق بتأويل الادعاء باعتبار يده حتى لا يصح دعواه اي دعوى الملك المطلق على غير ذي اليد ويده مترددة بين ان يكون له فيكون خصما وبين ان يكون لغيره فلا يكون خصما وباقامة البينة اثبت ان يده لغيره فلا يكون خصما ويصح دعوى الفعل على غير ذي اليد كما يصح دعواه على ذي اليد وان قال المدعي سرق مني اي ان قال المدعي سرق مني هذا الشيء على صيغة المجهول وقال صاحب اليد اودعنيه فلان واقام البينة اي على ان فلانا اودعه اياه لم تندفع الخصومة هذا ايضا لفظ القدوري قال المصنف رح وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو استحسان وقال محمد رح تندفع اي الخصومة وهو القياس لانه اي المدعي لم يدع الفعل عليه اي على ذي اليد فيما فصار كما اذا قال اي المدعي غصب مني على ما لم يسم فاعله يعني عن التجهيل افسد دعوى السرقة فبقي دعوى الملك فيندفع الخصومة باثبات الوديعة كما لو جهل الغصب وقال غصب مني على ما لم يسم فاعله فاقام ذو اليد البينة على الوديعة من آخر فانه تندفع الخصومة هناك فكذلك ههنا كذا في غاية البيان ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان ذكر الفعل وهو السرقة يستدعي الفاعل لا محالة لان الفعل بدون الفاعل لا يتصور والظاهر انه اي الفاعل هو الذي في يده الا انه اي المدعي لم يعينه اي لم يعين الفاعل درءا للحد شفقة عليه اي على ذي اليد واقامة لحسبة الستر اي لاجل الستر قال صاحب العناية فان قيل اذا لم يندفع الخصومة فربما يقضي بالعين عليه وفي ذلك جعله سارقا فما وجه الدرء حينئذ اجيب بان وجهه انه اذا جعل خصما وقضي عليه بتسليم العين الى المدعي على ان ظهر سرقته بعد ذلك بيقين لم تقطع يده لظهور سرقته بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعل سارقا اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعين المدعي فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك بيقين قطعت يده لظهورها قبل ان يصل العين الى المالك فكان في جعله سارقا احتيالا للدرء انتهى اقول في كل واحد من السؤال والجواب نظر اما في السؤال فلانه ان اراد بقوله وفي ذلك جعله سارقا ان في ذلك الحكم عليه بموجب السرقة وهو القطع فهو ممنوع وانما هو عند تعيين كونه السارق وان اراد به ان في ذلك مجرد جعله خصما في دعوى كون ذلك الشيء

فصار كما اذا قال سرقت مني الا ان الغصب لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه واذا قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة
بغير بينة لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها الى ذي اليد من جهته فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه
لانه اثبت ببينة كونه احق بامساكها

باب ما يدعيه الرجلان

قال واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة قضي بها بينهما وقال الشافعي رح في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين
لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فيتهاتران او يصار الى القرعة لان النبي عليه السلام اقرع فيه وقال اللهم انت تحكم بينهما ولنا حديث
تميم بن طرفة ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة واقام كل واحد منهما بينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان في ابتداء الاسلام ثم نسخ

من قبل المدعي وهو مسلم لكن الايداع رده وحينئذ القول له والوجه انه حينئذ وجه ظاهر وهو سقوط القطع لعدم التعيين لشبهة كون السارق غيره واما في الجواب فان اشتباه
ان قبل وهي ابقهما وانقضاء عليه بتسليم العين الى المدعي في مسئلتنا هذه انما كان لاجل الاحتيال للدرء اي دان الاحتيال للدرء انما نشأ من قبل الشرع لا من
قبل المدعي وهذا مع كونه مخالفا لمقتضى الدليل المذكور في الكتاب كما ترى غير تام في نفسه لان ظهور سرقة ذي اليد بعد ذلك بتعيين امر موهوم وضرر المدعي بما
من ميه على تقدير القضاء عليه امر محقق فكيف يرتكب الضرر المحقق لدفع الضرر الموهوم سيما اذا اعترف بانها ملك الغير او دفعها عنده فان اتلاف مال الغير بلا ضرورة
عن امر غير معهود في الشرع فصار اي فصار ما اذا قال سرق على بنية المجهول كما اذا قال سرقت بالتعيين بالفاعل او سرقت اي بخلاف ما اذا قال غصب مني على بنية
المجهول حيث تندفع الخصومة باثبات الوديعة بالاتفاق لانه لا حد فيه اي في الغصب فلا يحترز عن كشفه فلم يكن المدعي مضطرا الى التجهيل ولو قال المدعي ابتعته من فلان وقال
صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك اي فلان الذي قال المدعي ابتعته منه سقطت الخصومة اي سقط صاحب اليد الخصومة عن نفسه بغير بينة هذا لفظ القدوري قال المصنف رح
لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه اي في الشيء المدعى لغيره اي لغير صاحب اليد فيكون وصولها اي وصول العين المدعاة وكان المناسب للضمائر السابقة ان يقول ايضا
فيكون وصوله كما قاله صاحب العناية ولكنه يشبه انه قصد التعيين في العبارة الى ذي اليد من جهته اي من جهة الغير فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم اي المدعي البينة ان
فلانا اي فلانا المذكور وكله بقبضه اي بقبض الشيء المدعى لانه اي المدعي اثبت ببينة كونه احق بامساكها اي بامساك العين المدعاة كانه قصد التعيين ههنا ايضا
حيث قال اولا بقبضه بالتذكير وثانيا بامساكها بالتانيث

باب ما يدعيه الرجلان لما ذكر حكم دعوى الواحد شرع في ذكر حكم دعوى الاثنين لان الاثنين بعد الواحد قال اي القدوري في مختصره واذا ادعى اثنان
عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها اي العين له واقاما البينة اي على ما ادعاه قضي بها بينهما اي نصفين ثم انما وضع المسئلة في دعوى ملك العين لانهما لو تنازعا
في ملك امرأة واقام كل واحد منهما بينة على انها امرأته لم يقض لواحد منهما بالاتفاق وفي دعوى الخارجين لان الدعوى لو كانت بين الخارج وصاحب اليد
واقاما بينة فبينة الخارج اولى عندنا وفي احد قولي الشافعي رح تهاترت البينتان ويكون المدعي لذي اليد تركا في يده وهو قضاء ترك لا قضاء ملك وفي القول
الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضي به لذي اليد قضاء ملك وفي الملك المطلق لان في المقيد بالسبب المعين او بالتاريخ تفصيلا وخلافا كما سيجيء ان شاء الله تعالى وقال
الشافعي رح اي في المسئلة التي نحن فيها في قول تهاترتا اي البينتان اي تساقطتا وبطلتا ماخوذ من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطأ فيه كذا في المغرب
وفي قول يقرع بينهما اي بين المدعيين ويقضي لمن خرجت قرعته لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل اي في كل العين في حالة واحدة وقد تعذر
التمييز اي بين الصادقة منهما والكاذبة فيمتنع العمل بهما فيتهاتران كما لو شهد شاهدان انه طلق امرأته يوم النحر بمكة وآخران انه اعتق عبده بالكوفة في ذلك اليوم
وهذا لان تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتيقن به اولى كذا في النهاية والكفاية او يصار الى القرعة لانه عليه السلام اقرع فيه وقال اللهم انت تحكم بينهما
روى سعيد بن المسيب ان رجلين تنازعا في امر بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم واقاما البينة فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقال اللهم انت تقضي بينهما فكذلك الى الحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته
ولنا حديث تميم بن طرفة الطائي، وابه عن ابي موسى الاشعري رضي الله تعالى عنه ذكره ابو داود ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة واقام كل واحد منهما البينة فقضى
بها بينهما نصفين وعن ابي الدرداء رضي الله تعالى عنه ان رجلين اختصما بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم في شيء واقاما البينة فقال احكم ما الى سلسلة
السلسلة بني اسرائيل كان داود عليه السلام اذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء بعنق الظالم ثم تقضي به رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين وحديث القرعة
كان في الابتداء ثم نسخ هذا جواب عن حديث القرعة يعني انه كان في الابتداء وقت اباحة القمار ثم نسخ بحرمة القمار لانه تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء لما ان

ولأن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما أمكن وقد أمكن بالتنصيف إذ المحل يقبله وإنما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق

تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار وكذا تعيين المستحق بخلاف قسمة المال المشترك لأن القاضي هناك ولاية التعيين من غير قرعة وإنما يقرع تطييبا للقلوب ونفيا لتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار كذا في الكافي وسائر الشروح (ولأن المطلق) بكسر اللام أي المجوز (للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود) بفتح الميم (بأن يعتمد أحدهما سبب الملك) كالشراء (والآخر اليد فصحت الشهادتان) قال صاحب العناية في حل هذا المقام ولا نسلم كذب أحدهما بيقين لأن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود فإن صحة أداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة لأن ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز أن يكون أحدهما اعتمد سبب الملك بأن رآه اشترى فشهد على ذلك والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين انتهى أقول الظاهر من تقريره أنه قد حمل قول المصنف ولأن المطلق للشهادة الخ على منع قول الشافعي رح أن إحدى البينتين كاذبة بيقين فيرد عليه أنه لا مجال لمنع ذلك على ما ذهب إليه جمهور المحققين من أن معنى صدق الخبر مطابقته للواقع ومعنى كذبه عدم مطابقته له لأن استحالة اجتماع الملكين في كل العين في حالة واحدة ضرورية فكذب أحدهما أي عدم مطابقتها للواقع متعين بلا ريب وما ذكره في معرض السند للمنع لا يجدي طائلا في دفع هذا كما لا يخفى والوجه عندي أن لا يكون مراد المصنف بقوله المذكور منع قول الشافعي رح ذلك بل أن يكون مراده به القول بالموجب أي إثبات مدعانا مع النزاع في مقالة الخصم وتقريره أن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما يحتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد وكل شهادة لها مطلق كذلك فهي صحيحة سواء طابقت الواقع أو لم تطابقه لأن صحة الشهادة لا تعتمد تحقق المشهود به في الواقع فإن ذلك غيب لا يطلع عليه العباد بل إنما تعتمد ظاهر الحال فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما أمكن لأن البينات حجج الله تعالى فالعمل بهما واجب مهما أمكن وقد أمكن ههنا بالتنصيف إذ المحل يقبله أي يقبل التنصيف (وإنما ينصف لاستوائهما) أي لاستواء المدعيين (في سبب الاستحقاق) وهو الشهادة فحاصل كلام المصنف ههنا على ما وجهناه أن مدار العمل بالشهادتين صحتهما لا صدقهما فإنه مما لا يطلع عليه العباد وإن وجه صحتهما ما ذكره يرشد إليه أنه قال في التفريع فصحت الشهادتان ولم يقل فصدقت الشهادتان ثم إن بعض الفضلاء اعترض على قول صاحب العناية ولا نسلم كذب أحدهما بيقين وأجاب عنه حيث قال فيه بحث فإن الكذب هو عدم مطابقة الحكم للواقع وعدم مطابقة كلام أحدهما لنفس الأمر من أجلى الواضحات فكيف يمنع وليس فيما ذكره في معرض السند ما يدفع ذلك كما لا يخفى والجواب أن المانع عن قبول الشهادة هو كذبها ههنا وهو مفقود شرعا إذ لازم اجتماع إطلاق الشهادة وتكذيبها شرعا والذي لا يسلمه الشارح هو الكذب الشرعي فليتأمل انتهى أقول في الجواب بحث إذ الظاهر أن مراده بكذبها شرعا عدم مطابقتها للاعتقاد لأنه هو الذي يمكن أن يراد بلفظ الكذب ههنا بعد أن لا يكون المراد به عدم مطابقة الحكم للواقع ولكنه ليس بوجه لأن كون صدق الخبر مطابقته لاعتقاد المخبر وكذبه عدم مطابقته لاعتقاده مذهب النظام ومن تابعه وقد أبطله المحققون بإجماع المسلمين على تصديق اليهودي في قوله الإسلام حق مع مخالفته لاعتقاده وتكذيبه في قوله الإسلام باطل مع مطابقته لاعتقاده فكيف يحمل الكذب الشرعي على مثل هذا المذهب الزيف ويجعل مبنى الاستدلال الشرعي في هذه المسألة وأيضا لو لم يكن الكذب الشرعي عدم المطابقة للواقع بل كان عدم المطابقة للاعتقاد لما كان له أثر في قواعد الشرع مع أنه أمر الكذب لم يتعين بمعنى لأن الكذب بمعنى عدم المطابقة للاعتقاد لا يتصور بدون التعمد وأيضا لا يندفع ما قاله الشافعي رح من كذب إحدى البينتين بيقين بمعنى عدم المطابقة للاعتقاد إذ يكفي له كذب أحدهما بيقين بمعنى عدم المطابقة للواقع فإن التزم جواز العمل بهما عند تيقن عدم مطابقة أحدهما للواقع فلم لا يلتزم جواز العمل بهما عند تيقن كذب أحدهما بمعنى عدم المطابقة للواقع والفرق بمجرد إطلاق لفظ الكذب على عدم المطابقة لا يؤثر في تحقيق معنى المسألة فإنما هو اعتبار لفظي فلا ينبغي أن يترك القول المعول عليه في معنى الصدق والكذب ثم إن قوله إذ لازم اجتماع إطلاق الشهادة وتكذيبها شرعا إن أراد به أنه يلزم اجتماع إطلاق كل واحدة من الشهادتين وتكذيبها بعينها فممنوع وإن أراد به أنه يلزم اجتماع إطلاق كل واحدة منهما وتكذيب إحداهما لا بعينها فمسلم لكن لا نسلم المحذور فيه إذ الكذب بالنسبة إلى كل واحدة منهما بعينها كان محتملا

قال وان ادعى كل واحد منهما انه تزوج امرأة واقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك
قال ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا اذا لم يؤقت البينتان فاما اذا وقتتا
فصاحب الوقت الاول اولى وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما وان اقام الآخر البينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار

في مختصره فان ادعى كل واحد منهما اي من الرجلين نكاح امرأة واقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك ويرجع الى تصديق
المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وحكي عن شمس الاسلام علي السغدي انه لا يترجح احدهما الا باحدى معان ثلث احدها اقرار المرأة والثانية كونها
في يد احدهما والثالثة دخول احدهما بها الا ان يقيم الآخر البينة ان نكاحه اسبق كذا في الشروح نقلا عن الخلاصة قال المص وهذا اي الحكم المذكور اذا لم يؤقت
البينتان واما اذا وقتتا فصاحب الوقت الاول اولى لما فيه من زيادة الاثبات كذا في الكافي قال صاحب العناية ولقائل ان يقول قوله فصاحب الوقت
الاول اولى ليس بجلي لانه انما يكون اولى اذا كان الثاني بعده بمدة لا تحتمل انقضاء العدة فيها اما اذا احتملت ذلك فيتساويان لجواز ان الاول طلقها وتزوج بها
الثاني والجواب ان ذلك انما يعتبر اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول وليس الكلام في ذلك ايضا فقد ذكرنا آنفا ان الثابت بالبينة كالثابت عيانا او
لو عاينا تقدم الاول حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة انتهى اقول في الجواب الاول نظر لانه اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول ثم اقيم البينة عليها كان صاحب
الوقت الثاني اولى قطعا وليس مدار السوال على دعوى اولوية الثاني بل على منع اولوية الاول وهذا المنع لا يتوقف على كون دعوى النكاح بعد طلاق الاول
بل يتوجه ايضا على تقدير دعوى النكاح مطلقا اي من غير تقييد بكونه بعد طلاق الاول فيما اذا احتملت المدة التي بين الوقتين انقضاء العدة لجواز ان الاول
طلقها وانقضت عدتها فتزوج بها الثاني كما ذكر في السوال فلم يثبت الاولوية في الاول مطلقا واما الجواب الثاني فهو وان كان صحيحا في نفسه الا انه غير محتاج
اليه في بيان لمية الحكم بالاول فيما عاينا تقدمه ايضا مع الاحتمال المذكور فالاحسن ههنا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال فان قلت امكن العمل بالبينتين بان يحمل على الطلاق
قلت لا يمكن لان النكاح الثاني يحتمل ان يكون بعد الطلاق ويحتمل ان يكون مع بقاء الطلاق فلا يبطل النكاح الثابت للاول بالشك ولا يقال يحمل امرهما
على الصلاح لان هذا انما يعتبر في الدفع لا في ابطال حق الغير وههنا الحاجة الى الابطال انتهى وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما فان اقام
الآخر البينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار اذ البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة وذكر في نكاح المبسوط ولو تنازع رجلان في امرأة كل واحد منهما يدعي
انها امرأته ويقيم البينة فان كانت في بيت احدهما او كان دخل بها فهي امرأته لان البينتين قد تعارضتا على العقد فترجح احدهما بالقبض كما لو ادعى رجلان تلقي
الملك في عين من ثالث بالشراء واحدهما قابض واقاما البينة كانت بينة صاحب اليد اولى ولان فعل المسلم محمول على الصحة والحل ما امكن الا مكان ثابت ههنا بان
يجعل نكاح الذي دخل بها سابقا حين دخل بها لان تمكنه من الدخول بها او من نقلها الى بيته دليل سبق عقده ودليل التاريخ كالتصريح بالتاريخ الا ان
يقيم الآخر البينة انه تزوجها قبله فحينئذ سقط اعتبار الدليل في مقابلة التصريح بالسبق وان لم تكن في يد احدهما فايهما اقام البينة انه اول فهو احق بها لانه شهود
السبق التاريخ في عقده والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة او باقرار الخصم وان لم يكن لهما على ذلك بينة فايهما اقرت المرأة انه تزوجها قبله او انه تزوجها دون
الآخر فهي امرأته اما لان بينته تترجح باقرارها كما بينا في جانب الزوج او لان البينتين لما تعارضتا وتعذر العمل بهما بقي تصادق احد الزوجين مع المرأة على النكاح
فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما كذا في النهاية وانت تعلم ان هذا بمنزلة الشرح لما في الكتاب انه يظهر منه ان قول القدوري فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة
واقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين فيما اذا لم يكن المرأة في بيت احدهما ولم يكن احدهما دخل بها واعلم ان هذا كله اذا كان التنازع حال حيوة المرأة واما
اذا كان بعد وفاتها فهو على وجه ولا يعتبر فيه الاقرار واليد فان ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضى بالنكاح والميراث له ويجب عليه تمام المهر وان لم يورخا او ارخا
على السواء فانه يقضى بالنكاح بينهما ويجب على كل واحد من الزوجين نصف المهر ويرثان منها ميراث زوج واحد فرق بين الدعوى حالة الحيوة وبين الدعوى حالة
الوفاة والفرق ان المقصود في حال الحيوة هي المرأة وهي لا تصلح الشركة بينهما والمقصود بعد الوفات هو الميراث وهو مال يقبل الشركة فان جاءت بولد يثبت النسب

ولو تفرد واحد منهما بالدعوى والمرأة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى آخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح فلا ينتقض
بما هو مثله بل هو دونه الا ان يوقت شهود الثاني سابقا لانه ظهر الخطاء في الاول بيقين وكذا اذا كانت المرأة في بيت الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق
قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد واقاما بينة فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن
وان شاء ترك لان القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضوليين اذا باع كل واحد منهما من رجل واجاز المالك
البيعين يخير كل واحد منهما لانه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن فلو ادا

من الاب بوجود شرط الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لان البنوة لا تتجزى كذا في غاية البيان نقلا عن الفصول وفي الفصول نقلا عن المحيط ولو تفرد احدهما بالدعوى يعني ان الذي
ذكر من قبل فيما اذا ادعيا معا ولو تفرد احدهما بالدعوى والمرأة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى آخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بذلك اي بما ادعاه الثاني
لان القضاء الاول قد صح فلا ينتقض بما هو مثله بل هو دونه اي لا ينتقض القضاء بالبينة الثانية التي هي مثل الاولى بل دونها لان الاولى تأكدت بالقضاء وهذا لان في الظنيات
لا ينتقض المثل بالمثل اهذا لا يهدم الرأي بالرأي كذا في غاية البيان الا ان يوقت شهود الثاني سابقا اي وقتا سابقا فانه يقضي حينئذ بما ادعاه الثاني لانه ظهر الخطاء
في الاول بيقين حيث ظهر انه تزوج منكوحة الغير اقول في قول المصنف بيقين تسامح لان البينات من الظنيات لا من اليقينيات على ما صرح به صاحب الكافي في تتمة حيث
ترك لفظ بيقين في تحريره وكذا اذا كانت المرأة في بيد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق قد مر بيان هذه المسألة على الوجه الاتم فيما ذكرناه من قبل عن المبسوط قال
اي القدوري في مختصره ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد قال المصنف معناه اي معنى قوله منه من صاحب اليد وانما قيد به لان كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد
فهو لا يخلو اما ان ادعيا الشراء من واحد او اثنين فالحكم على التفصيل يجيء بعد هذا في الكتاب كذا في النهاية وغيرها ثم ان تمام قول القدوري واقام بينة اي اقام كل
واحد منهما بينة على ما ادعاه حمل صاحب العناية هذا القول على ما اقاما من غير توقيت حيث قال في شرح المقام واقاما على ذلك بينة من غير توقيت فكأنه اخذ ذلك من
تصريح صاحب الكافي ههنا حيث قال لم يوقت واحد من البينتين وقتا واقول الاولى تعميمه لما لم يوقتا ولما وقتا ووقتهما على السواء لان حكم ما بين الصورتين سواء
على ما صرح به في مبسوط شيخ الاسلام والذخيرة وفتاوى قاضيخان وسائر المعتبرات ولفظ الكتاب مساعد للتعميم لهما ولو لم نعمم لزم ان يكون صورة ما وقتا ووقتهما
على السواء متروكة في الكتاب بالكلية من بين اقسام هذه المسألة لعدم دخولها في الصور الآتية المنشعبة من هذه المسألة ولا يخفى بعد ذلك فكل واحد منهما بالخيار ان شاء
اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء تركه قال المصنف لانه تغير عليه شرط عقده وهو رضاه لانه ما رضي بالعقد الا ليسلم له كل المبيع فاذا لم يسلم اختل رضاه لتفرق
الصفقة عليه كذا في معراج الدراية اخذا من الكافي وفسر صاحب العناية شرط عقده باتحاد الصفقة حيث قال لان شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة
قد تغير عليه فلعل رغبته في تملك الكل لم يحصل فيرده ويأخذ كل الثمن قال بعض الفضلاء ردا على صاحب العناية الظاهر ان المراد من شرط العقد هو الرضا وقد تغير
لانه ما رضي بالعقد الا ليسلم له كل المبيع فاذا لم يسلم اختل رضاه بتفرق الصفقة كما صرح به العلامة الكاكي ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته في تملك الكل وايضا الاتحاد
وصف العقد فكيف يكون شرطا له انتهى اقول الذي هو نفس ذلك القائل ههنا ساقط اما قوله ويؤيده قول المصنف فلعل رغبته في تملك الكل فلان قول المصنف
هذا يؤيد ما ذكره صاحب العناية اكثر من ان يؤيده ما ذكره العلامة الكاكي صاحب معراج الدراية كما يظهر بالتأمل الصادق واما قوله وايضا الاتحاد وصف العقد الخ
فلان مراد صاحب العناية ان اتحاد الصفقة شرط صحة العقد لا انه شرط نفس العقد كما ان الرضى ايضا كذلك اذ لا يتحقق نفس العقد فاسدا في بيع المكره مع انتفاء الرضى فيه
والمراد المصنف انه تغير شرط صحة عقده الا انه تغير شرط نفس عقده والا لما ساغ له ان يأخذ نصف العبد بنصف الثمن بحكم ذلك العقد ثم ان صحة العقد وصف للعقد كالاتحاد
الصفقة وانه لامحذور في كون احد وصفيه شرطا للآخر قال صاحب العناية فان قيل احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كلا في وقت واحد
فينبغي ان يبطل البينات اجيب بانهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز ان يكون كل منهم اعتمد سببا في وقت اطلق له الشهادة انتهى
واعترض عليه بعض الفضلاء على جوابه حيث قال فيه بحث فانهما اذا شهدا بكونهما في وقت واحد فالجواب كذلك ايضا ويجيء من الشارح التصريح به في الورق الآتي وذكره
الاتقاني ههنا نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فجواب الشارح لا يفي بدفع ما اورد عليه انتهى اقول مبنى جواب صاحب العناية ههنا تقييده مسألة الكتاب فيما سبق بقوله
من غير توقيت فحينئذ يتم جوابه فان ما يحتاج اليه من الجواب ههنا انما هو مقدار ما يدفع السؤال عن مسألة الكتاب وقد حصل نظرا على ذلك التقييد واما دفع السؤال عن مسألة

وان قضى القاضي به بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن للآخر ان يأخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه وهذا لانه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما اذا قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم ينفسخ سببه والعود الى النصف للمزاحمة ولم يوجد ونظيره تسليم احد الشفيعين قبل القضاء ونظير الاول تسليمه بعد القضاء ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الآخر به ولو وقتت احديهما ولم توقت الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت الملك في ذلك الوقت واحتمل الآخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى ومعناه انه في يده

اخرى غير مذكورة في الكتاب فقضاء من الكلام ههنا فلا ضير في عدم ذكر جوابه نعم لا يخلو عن نوع تقصير وهنا كلام ليس مناسب اساكما بيناه ولكنه كلام آخر سوضعه ثم ان ههنا جوابا آخر دافعا للسؤال عن اصله الى ما ذكره ايضا صاحب الكافي وعامة الشراح وهو ان التعيين يتصور وقوعهما في وقت واحد بان وكل المالك رجلين كل واحد منهما على الانفراد بان يبيعا عبده فباعه كل واحد من الوكيلين من رجل فانه يجوز وعقد الوكيل كعقد الموكل ويضاف عقده الى الموكل مجازا فثبت انه لا استحالة في وقوع البيعين في زمان واحد من رجل واحد على عين واحدة كملا وان قضى القاضي به اي بالعبد بينهما اي بين المدعيين فقال احدهما لا اختار اي لا اختار الاخذ ولم يكن للآخر ان يأخذ جميعه لانه اي الآخر صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه اي في هذا النصف والعقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود الا بتجديد ولم يوجد فان قيل هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه اجاب بقوله وهذا لانه خصم فيه اي في النصف المقضي به لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك اي بخلاف ما اذا قال احدهما لا اختار الاخذ قبل تخيير القاضي اي قبل القضاء عليه بالخيار حيث يكون له ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل وحجته قامت به ولم ينفسخ سببه اي لم ينفسخ سبب استحقاق الكل في شيء والعود الى النصف للمزاحمة ولم توجد يعني انما كان القضاء له بالنصف لمانع وهو مزاحمة صاحبه له فاذا زال المانع حيث لم توجد المزاحمة قضي له بالكل ونظيره اي نظير ما قال احد مدعيي الشراء لا اختار الاخذ قبل تخيير القاضي تسليم احد الشفيعين قبل القضاء اي تسليم احدهما الشفعة قبل قضاء القاضي بها لهما حيث يكون للآخر ان يأخذ جميع الدار ونظير الاول اي نظير ما قال احد مدعيي الشراء لا اختار الاخذ بعد قضاء القاضي لهما بالخيار تسليمه بعد القضاء اي تسليم احد الشفيعين الشفعة بعد قضاء القاضي بها لهما حيث لا يكون للآخر الا اخذ نصف الدار واعلم انه لم يذكر في بعض نسخ الهداية قوله والعود الى النصف للمزاحمة الى هنا وذكر في بعضها ولذا لم يقع شرحه في بعض الشروح ووقع في بعضها ونحن اخترنا شرحه والتنبيه على عدم وجوده في بعض النسخ ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاستحقاقه من ذلك الوقت فاندفع الآخر به اذ قد تبين به ان الآخر اشتراه من غير المالك فكان شراؤه باطلا ولو وقتت احديهما اي احدى البينتين ولم توقت الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك اقول فيه شيء وهو ان الآخر اثبت الملك ايضا وانما الشك في انه قبل ذلك الوقت او بعده فاحتمال قبليته يقتضي رجحانه على صاحب الوقت واحتمال بعديته يقتضي العكس فالوجه في العمل بالاحتمال الثاني على ان الشك في ان احدهما مقدم على الآخر او مؤخر عنه يستلزم الشك ايضا في ان الآخر مقدم عليه او مؤخر عنه فلم يظهر الرجحان في جانب فالوجه ما ذكره صاحب الكافي حيث قال ولو وقت احدهما ولم يوقت الاخرى قضي به لصاحب الوقت لانه يثبت له الملك في ذلك الوقت والذي لم يوقت يثبت ملكه في الحال لان شراءه حادث فيضاف حدوثه الى اقرب الاوقات ما لم يثبت التاريخ فكان شراء الموقت سابقا فكان اولى انتهى وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف ومعناه اي ومعنى قوله ومع احدهما قبض انه في يده اي القبض ثابت في يده معاينة وانما احتاج الى التفسير بهذا لان قوله ومع احدهما قبض يجوز ان يحمل على ان يكون معناه اثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان وهو في الحال في يد البائع وجاز ان يكون الحكم هناك على خلاف هذا حيث ذكر في الذخيرة ثبوت اليد لاحد المدعيين بالمعاينة كذا في النهاية وغيرها اقول بقي ههنا كلام وهو ان الظاهر ان هذه المسألة والمسألة السابقة التي كانت مذكورة ايضا في مختصر القدوري وهي قوله ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما وكذا المسألة التي ذكرها المصنف في التبيين وهو قوله ولو وقتت احديهما ولم توقت الاخرى فهو لصاحب الوقت كلها من شعب المسألة المارة وهي قوله ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد ومتفرعاتها يرشد اليه انه لم يعد في شيء منها لفظ الادعاء ولا ذكر اقامة البينة كما كان الاسلوب المطرد عند الانتقال الى مسألة مستقلة وقد قال المصنف في صدر المسألة معناه من صاحب اليد فاقتضى ذلك ان يكون وضع المسألة فيما اذا كان المدعى في يد البائع وقال ههنا ومعناه انه في يده اي في يد احد المدعيين فاقتضى هذا ان يكون المدعى في يد المشتري فكان مخالفا لوضع المسألة فليتأمل في التوجيه لان بكيفية من قبضه يدل على

لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولانهما استويا فى الاثبات فلا ينقض اليد الثابتة بالشك لكن الو ذكر الآخر وقتا لما بينا الا ان يشهدوا

سبق شرائه لتعليل المسئلة المذكورة قال صاحب العناية وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين احدهما ان الحادث يضاف الى اقرب الاوقات والثانى ان مانع البعدية زمانية فهو بعد فاذا عرف هذا فقبض القابض مبنى على شرائه ومتاخر عنه ظاهرا فكان بعد شرائه ويلزم من ذلك ان يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شرائه اقدم تاريخا وقد تقدم ان التاريخ المتقدم اولى انتهى اقول قد اخذ هذا التحقيق من تقرير صاحب الكافى وغاية الشرح لكن لا يخفى على ذى فطرة سليمة ان ما جرت عليه عادة المصنف فى اسلوب تحريره من ايجاز الكلام وتنقيح المرام يابى ان يكون مراده ذلك ذلو اراد ذلك لاكتفى بان قال لان قبضه يدل على سبق شرائه اذ يحصل به ما هو مدار ذلك التحقيق فما يقتضى لذكر تمكنه من قبضه موقع حسن فعندى ان التحقيق مراده هو ان تمكن احدهما من قبض المدعى يدل على كون شرائه اياه سابقا اذ لو كان شراء غير القابض اياه سابقا لما تمكن القابض من قبضه فانه يصير حينئذ ملكا لغير القابض والانسان لا يتمكن عادة من قبض ملك الغير بل انما يتمكن من قبض ملك نفسه فلما تمكن القابض من قبضه دل تمكنه منه على سبق شرائه وهذا المعنى مع كونه ظاهرا من عبارة المصنف بلا كلفة وبلا توقف على بسط مقدمة اجنبية سيظهر ثمرته الجليلة عن قريب ان شاء الله تعالى لانهما استويا فى الاثبات اى ولان القابض وغير القابض استويا فى اثبات الشراء بالبينة والقابض امر مرجح وهذه يده الثابتة بالمعاينة لان غير القابض يحتمل ان يكون قبل القابض فى العقد فينتقض يد القابض وان يكون بعده فى العقد فلا ينتقض يده فصار امره مشكوكا فلا ينتقض اليد الثابتة بالشك فلا يقال بينة الخارج اولى من بينة ذى اليد فينبغى ان ترجح بينة غير القابض لانا نقول بينة الخارج انما تكون اولى من بينة ذى اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا اما اذا ادعيا الملك بسبب فهما سيان نص عليه صاحب الكافى ههنا وقد صرحوا به فى مواضع منها ما مر فى اوائل باب اليمين قال صاحب العناية وطولب بالفرق بين هذه وبين ما اذا ادعيا الشراء من اثنين واقاما البينة واحدهما قابض فان الخارج هناك اولى والجواب ان كل واحد من المدعيين ثمه يحتاج الى اثبات الملك لبائعه اولا فاجتمع فى حق البائعين بينة الخارج وذى اليد وكان بينة الخارج اولى وههنا ليس كذلك انتهى وقد سبقه الى هذا السؤال والجواب صاحب النهاية وزاد فى البيان حيث قال فاما ههنا فلا يحتاجان الى اثبات الملك بل هو ثابت بتصادقهما عليه انما حاجتهما الى اثبات سبب الاستحقاق عليه وسبب القابض اقوى لتاكده بالقبض وكان هو اولى انتهى اقول فى الجواب بحث وهو ان الذى يثبت كل واحد من المدعيين الملك له ثمه وهو بائع كل واحد منهما ليس بذى يد بل هو خارج كغير القابض من المدعيين وكون بينة الخارج اولى من بينة ذى اليد فيما اذا اثبتا الملك لانفسهما مسلم واما فيما اذا اثبتاه لخارج آخر فممنوع الا يرى ان الدليل الذى ذكروه لاثبات كون بينة الخارج اولى من بينة ذى اليد وهو ان الخارج اكثر اثباتا او اظهارا فان قدر ما اثبته اليد لا تثبته بينة ذى اليد وليس مطلق الملك انما يجرى فيما اذا اثبتا الملك لانفسهما لا فيما اثبتاه لخارج آخر كما لا يخفى فتامل وكذا لو ذكر الآخر وقتا اى لو ذكر غير القابض وقتا كان العبد الذى فى اليد ايضا لما بيناه قال صاحب العناية على الشرح قوله لما بيناه اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه اقول يرد عليهم انهم حملوا قول المصنف فيما مر لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على التحقيق المبنى على المقدمتين كما مر وذلك التحقيق لا يجرى فيما اذا ذكر الآخر وقتا لانه لما ثبت شراء الآخر الذى هو غير القابض فى وقت معين لم يبق مجال لان يضاف الى اقرب الاوقات لان اضافة الحادث الى اقرب الاوقات انما يتصور فيما اذا لم يثبت التاريخ فلم يثبت المقدمة الاولى ولما لم يثبت تاريخ قبض القابض اضيف الى اقرب الاوقات الذى هو الحال فلم يكن مع شراء غير القابض فلم تحصل المقدمة الثانية واشتراء القابض فانه وان كان سابقا على قبضه فى الظاهر حملا لفعل المسلم على الصلاح دون الغصب كما ذكروا فيما مر الا انه ليس بمتعين السبق على الوقت الذى ذكره الآخر بل يحتمل ان يكون قبله او بعده فلا يقتضى بالشك مثل ما ذكره المصنف فيما اذا لم يوقت احدهما ووقت الآخر ولم يكن لاحدهما قبض فالصواب ان يحمل قول المصنف فيما مر لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على المعنى الذى ذكرناه هناك ثم يحمل قوله ههنا لما بيناه اشارة الى ذلك القول اذ المعنى المذكورة تمشى فيما نحن فيه ايضا كما لا يخفى وهذا هو الثمرة التى اشرنا اليها فيما مر آنفا الا ان يشهدوا

وان شراء وكان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة **قال** وان ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا معناه من واحد واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المآل والترجيح بمعنى قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتملها عند البعض لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع **قال** وان ادعى احدهما الشراء وادعت امرأة انه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه

اى شهود الخارج ان شراه اى شراء الخارج قبل شراء صاحب اليد فحينئذ يكون الخارج اولى لان التصريح يفوق الدلالة يعنى ان يقدم عقد الخارج حينئذ تثبت بتصريح شهوده ويقدم عقد الآخر بالدلالة حيث دل تمكنه من قبضه على سبق شرائه كما مر ولا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح قال اى القدورى في مختصره وان ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا قال المصنف ومعناه من واحد اى معنى ما قاله القدورى ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا من شخص واحد وانما قيد به احترازا عما اذا كان ذلك من اثنين فان المدعيين حينئذ سواء ولا اولوية للشراء على الهبة كما سيجيء بعد ثم ان تمام لفظ القدورى واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى وكذا الحكم اذا ارخا وتاريخهما على السواء كما ذكر في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام لان الشرى اقوى من الهبة لكونه معارضة من الجانبين والهبة تبرع يوجب الاستحقاق من جانب فكانت بينة الشراء مثبتة للاكثر فكانت اولى لان البينات تترجح بكثرة الاثبات ولانه تثبت الملك بنفسه عطف على قوله لكونه معاوضة من الجانبين لا على قوله لان الشرى اقوى اى ولان الشرى يثبت الملك بنفسه من غير توقف على شيء والملك في الهبة يتوقف على القبض ولا شك ان ما تثبت الملك بذاته اقوى مما يثبته بواسطة الغير فكان هذا دليلا آخر على كون الشرى اقوى من الهبة يشهد بذلك قول المصنف فيما سيأتي لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة فيثبت الملك بنفسه انتهى قال صاحب العناية في شرح هذا المقام لانه لكونه معاوضة من الجانبين كان اقوى ولان الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبته الا بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين معا والشراء مثبت للملك دون الهبة لتوقفها على القبض انتهى اقول الظاهر من تحريره هذا كما ترى انه جعل قول المصنف ولانه يثبت الملك بنفسه معطوفا على قوله لان الشرى اقوى فجعل كلا منهما دليلا مستقلا على اصل المسئلة وهو اولوية الشرى كما هو صريح كلام صاحب الكافي ههنا لكن لا يخفى على ذي مسكة ان قول صاحب العناية بعيد هذا وقوله لما بيناه اشارة الى ما ذكر من الوجهين في ان الشرى اقوى انتهى ظاهر الدلالة على ان يكون قول المصنف ولانه يثبت الملك الخ معطوفا على قوله لكونه معاوضة من الجانبين فيكون كل منهما وجها مستقلا لكون الشرى اقوى كما قررناه فيما قبل فبين كلاميه تدافع لا يخفى وكذا الشراء والصدقة مع القبض اى كذا الحكم اذا ادعى احدهما الشراء والآخر الصدقة مع القبض لما بيناه اشارة الى ما ذكره في المسئلة السابقة من الوجهين لكون الشراء اقوى والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء يعنى اذا ادعى احدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء حتى يقضى بينهما اى نصفين كذا في الكافي وغيره لاستوائهما في وجه التبرع كان قيل لا نم التساوى فان الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة اجاب بقوله ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المآل اى لان اللزوم يرجع الى المآل اى يظهر اثره في ثانى الحال اذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل والترجيح بمعنى قائم في الحال اى الترجيح انما يقع بمعنى قائم في الحال لا بمعنى يرجع الى المآل واجيب ايضا بان امتناع الرجوع في الصدقة لحصول المقصود بها وهو الثواب لا لقوة السبب ولهذا لو وقعت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع فيها ايضا لحصول المقصود وهو صلة الرحم وهذا اى القضاء بالتنصيف بينهما فيما لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى صحيح وكذا فيما يحتمله اى فيما يحتمل الانقسام كالدار والبستان عند البعض لان الشيوع طارئ يعنى ان كل واحد منهما اثبت قبضه في الكل الا انه لم يسلم له البعض لمزاحمة صاحبه فكان الشيوع طاريا وذا لا يمنع الهبة والصدقة وعند البعض لا يصح ولا يقضى لهما بشيء لانه تنفيذ الهبة في الشائع فصار كاقامة البينتين على الارتهان قيل هذا قول ابى حنيفة رح اما عند ابى يوسف ومحمد رحمهما الله فينبغى ان يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين والاصح انه لا يصح في قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما يقضى بالعقد الذى شهد شهوده وعند اختلاف العقدين لا يجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا انما يثبت الملك بقضاء القاضى وتمكن الشيوع في الملك المستفاد من الهبة يمنعها كذا في العناية وغيرها قال اى القدورى في مختصره واذا ادعى احدهما الشراء اى شراء شيء كعبد مثلا من رجل وادعت امرأة انه اى ذلك الرجل تزوجها عليه اى تزوج المرأة المدعية على ذلك المدعى فهما سواء اى يقضى بذلك المدعى بينهما نصفين لاستوائهما اى استواء الشراء والنكاح في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه

وهذا عند ابي يوسف رح وقال محمد رح الشراء اولى ولها على الزوج القيمة لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء اذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض وان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه

هذا اذا لم يورخا او ارخا وتاريخهما على السواء واما اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق فالاسبق اولى كذا في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده وعن هذا قال صاحب العناية في تقرير مسألة الكتاب فاذا ادعى احدهما الشراء وادعت المرأة انه تزوجها عليه واقاما البينة ولم يورخا او ارخا وتاريخهما على السواء انقضى بالعبد بينهما انتهى وفي التبيين للامام الزيلعي ثم للمرأة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق الآخر نصف المسمى وللمشتري نصف العين ويرجع بنصف الثمن ان شاء وان شاء فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه انتهى وهذا اي الحكم المذكور وهو التسوية بينهما عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رح الشراء اولى ولها على الزوج القيمة اي وللمرأة على الزوج تمام قيمة العين المدعاة لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء يعني ان العمل بالبينات مهما امكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع فان قدمنا النكاح بطل العمل بها لان الشراء بعده يبطل اذا لم يجيزه المرأة وان قدمنا الشراء صح العمل بها اذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه بان لا يجيز صاحبه فتعين تقديم الشراء اقول ههنا اشكال ظاهر وهو ان العمل بالبينتين بتقديم الشراء انما يتصور فيما اذا لم يورخا واما اذا ارخا وتاريخهما على السواء فلا كما لا يخفى والمسألة تعم الصورتين كما مر آنفا فكيف يتم خلاف محمد رح ودليله المذكور في الصورة الثانية ولم ير عن احد تخصيص الخلاف بالصورة الاولى وقد تحمل بعضهم في دفعه فقال ويمكن ان يقال معنى الشهادة على التاريخين المتحدين ان يقول الشهود مثلا كان العقد في اول الظهر من اليوم الفلاني وظاهر انه يسع فيه العقود المتعددة على التقدم والتأخر اولم يرشاهدين يشهدان على عقد مضيق لا يسع فيه عقدان انتهى فتأمل قال صاحب العناية وذكر في الاسرار جواب ابي يوسف رح عما قاله محمد رح ان المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما اذا تأخر الشراء فهما سواء في حق تمام ملك العين انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث اذ لا يندفع لهذا ما ذكره محمد رح فانه اذا تأخر النكاح ثبت ملك العين في المسمى لمدعي الشراء صورة ومعنى ولمدعية المهر معنى فحصل العمل بالبينتين بقدر الامكان بخلاف ما اذا سوينا بينهما انتهى اقول هذا البحث ساقط لانه لا يثبت ملك العين لمدعية المهر عند تأخر النكاح لا صورة ولا معنى اذ لم يجعل لها القيمة ملك العين لا بحسب اللغة ولا بحسب العرف ولئن سلم ذلك فلابي يوسف رح ان يقول المقصود من ذكر السبب ملك العين حده اذ لولا لا يكتفى في الدعوى بذكر مبلغ القيمة فهما سواء في حق ذلك وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف هذا استحسان وفي القياس الهبة اولى وهو رواية كتاب الشهادات كذا في النهاية ومعراج الدراية وجه القياس قوله لانها اي لان الهبة تثبت الملك اي ملك العين والرهن لا يثبته فكانت بينة الهبة اكثر اثباتا فهو اولى وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون هذا قالوا ان الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وبحكم الهبة اي المقبوض بحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى اي من عقد التبرع ولان بينة الرهن يثبت بدلين المرهون والدين وفي الهبة لا يثبت الا بدلا واحدا فكانت اكثر اثباتا وكانت اولى كذا في الشروح بخلاف الهبة بشرط العوض يعني ان الهبة بشرط العوض نقضا حيث كانت اولى من الرهن لانه بيع انتهاء اي لان الهبة بيع انتهاء وتذكير الضمير الراجع الى الهبة باعتبار الخبر او بتاويل العقد والبيع اولى من الرهن لانه اي البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض اي فكذا الهبة بعوض اولى من الرهن لكونها بيعا انتهاء فان قلت الترجيح بمعنى قائم في الحال والهبة بشرط العوض بيع انتهاء تبرع ابتداء فيكون كالهبة مع الصدقة قلت نعم وضعه انتهاء ولكن في ذلك المعنى مقصود العاقد في الابتداء عادة فتكون معاوضة ابتداء نظرا الى المقصود بخلاف اللزوم في الصدقة فانه غير مقصود للمتصدق ليكون اللزوم قائما في الحال لا نظرا الى العقد ولا الى العاقد ومقصوده كذا في شرح تاج الشريعة وان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله لانه اي لان صاحب التاريخ الاقدم اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه اي الغرض ان الآخر

قال ولو ادعيا الشراء من واحد معناه من غير صاحب اليد وأقاما البينة على تاريخين فالأول أولى لما بيناه
أنه أثبته في وقت لا منازع له فيه وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء

لم يلحق منه هذا قول أبي حنيفة رحمه الله وقول أبي يوسف رحمه الله آخراً وقال محمد رحمه الله أولاً وأما على قول محمد رحمه الله آخراً فيقضى بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر ففي النوادر عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يقضى بينهما لأنه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق في أصح الروايات وعلى هذا قول أبي يوسف رحمه الله يقضي للذي أرخ وعلى قول محمد رحمه الله يقضي للذي لم يؤرخ لأنه يدعي أولوية الملك كذا في النهاية نقلاً عن الذخيرة وسيأتي تمام بيانه في الكتاب إن شاء الله تعالى قال رحمه الله القدوري في مختصره ولو ادعيا الشراء من واحد قال المصنف رحمه الله معناه من غير صاحب اليد أي معنى قوله من واحد من غير صاحب اليد قال صاحب النهاية ليست في تقييده بقوله معناه من غير صاحب اليد فائدة فإن في هذا الحكم المترتب عليه وفي سائر الأحكام لا يتفاوت أن يكون دعواهما الشراء من صاحب اليد أو من غيره وبعد أن يكون البائع واحداً لأنه ذكر في الذخيرة دار في يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي أنه اشتراها من صاحب اليد بكذا فإن أرخا فتاريخهما على السواء أو لم يؤرخا فالدار بينهما نصفان لأنهما استويا في الدعوى والحجة وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فالسابق أولى لأنه أثبت شراءه في وقت لا ينازعه فيه أحد فيثبت شراؤه من ذلك الوقت وتبين أن الآخر اشتراها من غير المالك وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فالمؤرخ أولى لعلينا النقض بما هو ثابت لأنا إذا جعلنا المؤرخ أولى فقد نقضنا شراء الآخر لا غير وأما إذا قضينا للذي لا تاريخ له نقضنا على صاحب التاريخ شراءه وتاريخه بعد ما ثبت الأمران بالبينة وإذا ادعى الخارجان تلقي الملك من واحد آخر بأن ادعى رجل أنه اشترى هذه الدار من فلان بكذا سمى رجلاً آخر وجاء رجل آخر وادعى أنه اشترى هذه الدار من فلان ذلك بعينه فإن لم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء يقضى الدار بينهما وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما تاريخاً وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فالمؤرخ أولى لما قلنا انتهى وقد اقتفى أكثر الشراح أثر صاحب النهاية في أخذه المصنف ههنا بالوجه المذكور وقال صاحب الكفاية قيد بقوله معناه من غير صاحب اليد كيلا يلزم التكرار لأنه قال أولاً ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد ورتب عليه الأحكام وذكر من جملتها هذا الحكم المذكور ههنا فيثبت بذلك أنه لا فرق بين أن يدعيا الشراء من صاحب اليد أو من غيره في هذا الحكم انتهى أقول الحق ما قاله صاحب الكفاية وتوضيحه أن الإمام القدوري لما ذكر هذا الحكم في مختصره مرتين أحدهما ههنا والأخرى في أثناء الأحكام المنشعبة من قوله فيما مر ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه حيث قال هناك ولو ذكر كل منهما تاريخاً فهو للأول منهما فهم التكرار من كلامه في الظاهر فصرف المصنف رحمه الله الأول إلى ما إذا ادعيا من صاحب اليد وقوله الثاني إلى ما إذا ادعيا من غير صاحب اليد احترازاً عن التكرار على ما تقتضيه حمل المؤمن على الصلاح فلا غبار فيه أصلاً وأما من طعنوا فيه أنهم قالوا بصدد شرح قول المصنف رحمه الله فيما مر معناه من صاحب اليد إنما قيد به لأن كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو إما إن ادعيا الشراء من واحد أو اثنين فالحكم على التفصيل يجيء بعد هذا في الكتاب انتهى وذلك الكلام منهم اعتراف بأن معنى قوله ههنا ولو ادعيا الشراء من واحد ادعياه من غير صاحب اليد إذ لا يجيء في الكتاب مسئلة أن ادعيا الشراء من واحد غير قوله هذا وبأن فائدة التقييد ههنا الاحتراز عن التكرار فكيف لم يدركوا أن فائدة التقييد ههنا أيضاً الاحتراز عن التكرار وأقاما البينة على تاريخين فالأول أولى لما بيناه من تتمة ما سبق أي لو ادعيا الشراء من واحد غير صاحب اليد وأقاما البينة على تاريخين فالأول أولى أي فصاحب التاريخ الأول أولى لما بيناه أي في مسئلة أي ادعيا الشراء من صاحب اليد أنه أثبته أي أثبت صاحب التاريخ الأول ثبوت الشراء في وقت لا منازع له فيه أي في ذلك الوقت فاندفع الآخر به وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر كأن أقام أحدهما البينة على الشراء من زيد مثلاً والآخر على الشراء من عمرو وذكرا تاريخاً فهما سواء قال صاحب النهاية ومعراج الدراية أي ذكرا تاريخاً واحداً أما لو ذكرا تاريخين فالسابق أولى لإثبات الملك لبائعه في وقت لا ينازعه الآخر فيه ويرجع الآخر بالثمن على بائعه لاستحقاق المبيع من يده كذا في المبسوط انتهى وقد سلك صاحب العناية مسلك شرح المقام حيث قال وذكرا تاريخاً واحداً فهما سواء انتهى وقال صاحب الكفاية أخذاً من الكافي أي سواء كان

لانهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كانهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى

قضى بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع

واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره

تاريخهما واحدا او كان احدهما اسبق تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبائعهما ولا تاريخ لملك البائعين فيصير كانهما حضرا واقاما البينة على الملك بدون التاريخ كان الملك بينهما فكذا فيمن تلقى الملك منهما بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من واحد معين لانهما اتفقا ان الملك كان له وانما يختلفان في التلقي منه وسبقهما تاريخا اثبت التلقي لنفسه في زمان لا ينازعه فيه صاحبه فيقتضي له بذلك ولا ينقض بالغير بعد ذلك الا اذا ادعى التلقي منه والآخر لا يدعي التلقي منه انتهى وقد سلك الامام الزيلعي هذا المسلك في شرح هذا المقام من الكنز اقول السر في اختلاف كلمات الثقات من شراح هذا الكتاب وغيره في حل هذه المسألة هو اختلاف الروايتين على المجتهدين فيما اذا ادعيا الشراء من اثنين وكان احدهما اسبق تاريخا كما صرح به في معتبرات الفتاوى حيث قال في فتاوى قاضيخان وان ادعيا الشراء كل واحد منهما من رجل آخر انه اشتراها من فلان وهو يملكها واقام آخر البينة انه اشتراها من فلان آخر وهو يملكها فان القاضي يقضي بينهما وان وقتا فصاحب الوقت الاول اولى في ظاهر الرواية وعن محمد رح انه لا يعتبر التاريخ وان ارخ احدهما دون الآخر يقضى بينهما اتفاقا انتهى وقال في البدائع اما اذا ادعيا الشراء من اثنين سوى صاحب اليد مطلقا عن الوقت واقاما البينة على ذلك يقضى بينهما نصفين وكذلك ان كان وقتهما واحدا فكذلك وان كان احدهما اسبق من الآخر فالاسبق تاريخا اولى عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وكذا عند محمد رح في رواية الاصول بخلاف الميراث فانه يكون بينهما نصفين عنده وعن محمد رح في الاملاء انه يستوي بين الميراث وبين الشراء وقال لا عبرة بالتاريخ في الشراء ايضا الا ان يورخا ملك البائعين انتهى وذكر في الذخيرة ايضا كذلك مع نوع تفصيل وكذا في غيرها ثم اقول الذي يظهر من نقل تلك المعتبرات ان كون صاحب التاريخ الاسبق اولى فيما اذا ادعيا الشراء من اثنين ظاهر الرواية وانه قول اكثر المجتهدين واكبرهم فحمل مسألة الكتاب على ما ينافيه اولى كما لا يخفى قال المص في تعليل المسألة المذكورة لانهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كانهما حضرا اي فيصير كان البائعين حضرا وادعيا وارخا تاريخا واحدا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ان كل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء تركه ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضى بينهما نصفين يعني اذا ادعى الخارجان شراء كل واحد من رجل آخر واقاما البينة ووقتت احدى البينتين دون الاخرى قضى بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك اي على تقدم ملك بائعه يعني ان كل واحد من المدعيين بمنزلة خصم عن بائعه في اثبات الملك له وتوقيت احدهما لا يدل على تقدم ملك بائعه لجواز ان يكون الآخر اقدم اي لجواز ان يكون البائع الآخر اقدم في الملك بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اي المدعيين اتفقا في هذه الصورة على ان الملك لا يتلقى اي لا يوخذ الا من جهته اي من جهة البائع الواحد فحاجة كل واحد منهما الى اثبات سبب الانتقال اليه وهو الشراء لا الى اثبات الملك للبائع فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره قال صاحب العناية لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا بيده الملك حكمنا به فكذا اذا ثبت البينة الا اذا تبين انه تقدم عليه شراء غيره انتهى اقول فيه نظر لان الكلام في توقيت احدى البينتين لا في اثباتهما اليد فالملزم من كون الثابت بالبينة كالثابت عيانا ان يكون الثابت بالبينة الموقتة كالملك المعاين باليد فلا تعلق لقوله ولو عاينا بيده الملك حكمنا به بالمقام وانما اللازم من كون الثابت بالبينة كالثابت عيانا ان يكون شراء من وقتت بينته كالشراء المعاين لثبوته بالبينة ولكن الآخر مشترك في هذا اللازم لثبوت شرائه ايضا بالبينة نعم بينهما فرق من حيث ان الاول يصير بمنزلة من عاينا شراءه ووقته معلوم متعين عندنا الآن والثاني يصير بمنزلة من عاينا شراءه ايضا ولكن وقته غير معلوم عندنا الآن بل يحتمل التقدم على الآخر والتاخير عنه الا ان هذا الفرق لا يجدي نفعا اذ الظاهر انا لا نحكم في هذه الصورة ايضا لصاحب الوقت المعين ما لم نعرف انه اسبق من الآخر فالوجه في تعليل كلام المص رح ههنا ان يقال لان الشراء امر حادث والحوادث يضاف الى اقرب الاوقات ما لم يتبين وقته على ما هو القاعدة المقررة عندهم فشراء غير الموقت يضاف الى اقرب الاوقات وهو الحال فيتاخر عن شراء الموقت حكما وقد اشير الى هذا الوجه ههنا اجمالا في غاية البيان وشرح تاج الشريعة ومر منا التفصيل نظيره فيما سبق نقلا عن الكافي فتذكر ثم قال صاحب النهاية

وادعى آخر الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر قضى بينهم
ارباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق **قال** فان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ
وصاحب اليد بينة على ملك اقدم تاريخا كان اولى وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رح وهو رواية عن محمد رح وعنه انه لا يقبل بينة ذى اليد رجع
لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتاخر سواء ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك
اذا ثبت لشخص فى وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقى من جهته وبينة ذى اليد على الدفع مقبولة

ولقائل ان يقول حاصل الفرق بين المسئلتين بما ذكره من قوله لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته واما الباقى فمشترك بين المسئلتين وذلك لا مدخل له فى الفرق لجواز ان يقال من ثبت له الملك فهو كمن ثبت له عيانا فيحكم له الا اذا تبين تقدم شراء غيره والجواب ان لذلك مدخلا فى الفرق لان البائع اذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا وقد ثبت لاحدهما بالبينة ملك فى وقت وملك غيره مشكوك ان تاخر لم يضره وان تقدم ملك فتعارضا فيرجح بالوقت واما اذا كان متعددا فكما جاز ان يقعا متعاقبين جاز ان يقعا معا وفى ذلك تعارض ايضا فضعفت قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض انتهى اقول فى الجواب بحث اما اولا فلان قوله لان البائع اذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا ممنوع لجواز ان يوكل واحد رجلين ببيع عبده مثلا فيبيع كل واحد منهما من رجل فى وقت واحد وعقد الوكيل كعقد الموكل فيضاف عقده الى الموكل مجازا كما ذكرنا فيما مر نقلا عن الكافى وعامة الشراح لدفع السؤال بتبين كذب احدى البينتين واما ثانيا فلان قوله فيرجح بالوقت غير تام لان الشك فى ملك غير الموقت يستلزم الشك فى ملك الموقت لان تقدم احدهما على الآخر يستلزم تاخر الآخر عنه وكذا تاخره عن الآخر يستلزم تقدم الآخر عليه فاحتمال تقدم احدهما على الآخر وتاخره عنه وهو سبب الشك فى ملكه يستلزم احتمال تقدم الآخر عليه وتاخره عنه فيلزم الشك فى ملكه ايضا ولا شك ان الوقت من حيث هو وقت لا مدخل له فى ترجيح الملك لاحدهما بل انما يتصور الترجيح به لتقدمه على وقت الآخر فاذا كان هذا مشكوكا فلا مجال للترجيح به اصلا واما ثالثا فلان قوله فضعفت قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض غير معقول لان التعارض متى تضاعف لا يزيد شيئا على التساوى والتساقط فما يصلح للترجيح فى مرتبة من التعارض ينبغى ان يصلح له فى سائر المراتب منه ولعمرى ان صاحب العناية قد تصنع فى حل هذا المقام زيادة على سائر الشراح ولكن ما اتى بشئ يعتد به كما عرفت وان فيما ذكرناه من الوجه فى تعليل كلام المصنف ههنا المندوحة عن جميع ما ذكره فتفكر قوله ولو ادعى احدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر واقاموا البينة قضى بينهم ارباعا وهذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا قال فى تعليلها لانهم يتلقون الملك من باعتهم وفى بعض النسخ من بائعهم وكلاهما بطريق التغليب لان البائع واحد من المملكين الاربعة فكان المراد منه من مملكيهم وفى بعض النسخ من ملقيهم مسندا الا بلفظ يتلقون كذا فى النهاية ومعراج الدراية فيجعل كانهم اى المملكين حضروا واقاموا البينة لانفسهم وثمة يقضى بينهم ارباعا فكذا ههنا قال اى القدورى فى مختصره وان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد البينة على ملك اقدم تاريخا كان اولى اى كان صاحب اليد اولى قال المصنف وهذا اى هذا الحكم عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وهو رواية عن محمد رح وعنه اى عن محمد رح انه لا يقبل بينة ذى اليد رجع اليه يعنى ان هذا قوله الآخر المرجوع اليه وفى المبسوط ذكر ابن سماعة فى نوادره عن محمد رح انه رجع عن هذا القول وهو ان بينة ذى اليد اذا كانت اقدم تاريخا من بينة الخارج كانت اولى بعد انصرافه من الرقة وقال لا اقبل من ذى اليد بينة على تاريخ ولا غيره الا فى النتاج وما فى معناه لان التاريخ ليس بسبب لاولية الملك بخلاف النتاج كذا فى النهاية ومعراج الدراية وقال المصنف رح فى تعليل ذلك لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتاخر سواء قال بعض الفضلاء انه يحتاج الى البيان اقول فى البيان لما لم تتعرض البينتان لجهة الملك جاز ان يكون جهة الملك اى سببه فى حق صاحب التاريخ المؤخر اقدم فى نفس الامر فيكون صاحب التاريخ المؤخر اسبق من الآخر فى الملك لتقدم سبب ملكه على سبب ملك الآخر بخلاف ما اذا قامت البينتان بالتاريخ على الشراء واحدهما اسبق من الآخر حيث كان الاسبق اولى لتعرضه لسبق سبب ملك احد المشتريين وهو الشراء فلم يبق احتمال ان يكون الآخر اسبق فى الملك ولهما اى ولابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص فى وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقى من جهته وبينة ذى اليد على الدفع مقبولة فان من ادعى على ذى اليد عينا وانكر ذو اليد ذلك واقام البينة انه اشتراه منه تندفع الخصومة وقد مر قبل هذا قبول بينة ذى اليد فى ان العين فى يده ود

وعلى هذا الاختلاف لو كانت الدار في ايديهما والمعنى ما بينا ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقتت احدهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رح الخارج اولى وقال ابو يوسف رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح صاحب الوقت اولى لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احداهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته

حتى يندفع عنه دعوى المدعي عند اقامة البينة ولما قبلت بينة ذي اليد على الدفع صارت ههنا بينة ذي اليد بذكر التاريخ الاقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى انها لا تصح الا بعد اثبات التلقي من قبله فتقبل لكونها الدفع كذا في النهاية والعناية وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما اي لو كانت الدار في ايديهما كان صاحب الوقت الاول اولى في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وفي قول محمد رح لا يعتبر الوقت وكانهما اقامتا على مطلق الملك فيكون بينهما كذا في النهاية نقلا عن الايضاح والمعنى ما بيناه وهو ما ذكره من الدليل في الطرفين ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق اي من غير ذكر سبب ووقتت احداهما اي احدى البينتين دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الخارج اولى وقال ابو يوسف رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح صاحب الوقت اولى انما قيد بالتوقيت لان الخارج وذو اليد اذا اقاما بينة على الملك المطلق بلا ذكر تاريخ لا تقبل بينة ذي اليد عند علمائنا كلهم وانما وقع الاختلاف بين علمائنا في دعوى الملك المطلق بين الخارج وذي اليد عند ذكر التاريخ كذا في النهاية ومعراج الدراية لانه اقدم دليل على ما قاله ابو يوسف رح اي لان صاحب الوقت اقدم وصار كما في دعوى الشراء اي فصار الجواب في هذه المسئلة كالجواب في دعوى الشراء اذا ارخت احداهما اي اذا ارخت احدى البينتين هناك كان صاحب التاريخ اولى فكذا ههنا والجواب ان الشراء معنى حادث فاذا لم يورخ حكم بوقوعه في الحال فكان الآخر اولى منه والملك ليس بمعنى حادث فلا يحكم بوقوعه في الحال كذا في غاية البيان ولهما اي ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها اي لتضمن البينة بتاويل الشاهد معنى الدفع لما مر آنفا ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته اي من جهة ذي اليد لان بذكر تاريخ احدهما لا يحصل اليقين بان الآخر تلقاه من جهته لاحتمال ان الاخرى لو وقتت كان اقدم تاريخا الخلاف ما اذا ارخا وكان تاريخ ذي اليد اقدم كما تقدم قال صاحب العناية قيل الاستدلال بقوله ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد رح لانه لا يقول بذلك والا لزمه المسئلة الاولى واجيب بان ذلك يجوز ان يكون على قوله الاول انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء على هذا الجواب حيث قال فيه بحث فان اولوية الخارج على قوله الآخر الذي لا يعتبر فيه التاريخ نص عليه العلامة الاتقاني في غاية البيان فراجعه انتهى اقول هذا الاعتراض ليس بشيء اذ ليس مراد المجيب ان قول محمد رح في مسئلتنا هذه اعني اولوية الخارج فيما اذا وقتت احداهما دون الاخرى يجوز ان يكون قوله الاول حتى ينافيه نص العلامة الاتقاني على انه قوله الآخر بل مراده ان قول المستدل ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع بصدد الاستدلال على قول ابي حنيفة رح ومحمد رح في مسئلتنا هذه يجوز ان يكون بناء على قول محمد رح الاول في المسئلة الاولى فلا يلزمه المسئلة الاولى على قوله الثاني هناك وتوضيح المقام ان لمحمد رح في مسئلتنا هذه قولين قوله الاول انه يقضي للذي لم يوقت وهذا مبني على اعتبار التاريخ حالة الانفراد على خلاف ما عليه ابو حنيفة رح ووجهه ان غير الموقت اسبقهما تاريخا باعتبار المعنى وهو دعوى اولية الملك وقوله الآخر ان الخارج اولى وهذا مبني على انه لا عبرة للتاريخ فكان الموقت لم يوقت فتكون بينة الخارج اولى لكونها اكثر اثباتا على ما هو المعروف من مذهبنا وهو في قوله الآخر في هذه المسئلة مع ابي حنيفة رح كما انه في قوله الاول في المسئلة الاولى معه وهذا كله مما يفصح عنه ما ذكر في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فاذا عرفت هذا فنقول المراد الاستدلال على قول محمد الثاني في هذه المسئلة مع رعاية قوله الثاني في المسئلة الاولى لم يحتج الى ذكر المقدمة المقابلة ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع بل كفى ان يقال ان بينة ذي اليد لا تقبل عنده اصلا في غير النتاج وما في معناه لما مر له من الدليل في المسئلة الاولى ولكن المصنف لما قصد الجمع بين ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله في دليل واحد يستغني عن ذكر دليل آخر لمحمد رح استدل على قول ابي حنيفة رح وقول محمد رح الآخر في هذه المسئلة بما يجمعهما مراعيا قول ابي حنيفة رح وقول محمد رح الاول في المسئلة الاولى فلا احتاج الى ذكر تلك المسئلة وهذا هو المراد بالجواب الذي ذكره صاحب العناية فاين هذا مما فهمه ذلك المعترض عليه قال ذلك البعض ويجوز ان يكون النكتة لابي حنيفة رح ووجه محمد رح غير مذكور ههنا وقوله لهما من قبيل يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة

على هذا اذا كانت الدار في يديهما او كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها فهما سواء عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح الذي وقت اولى وقال محمد رح الذي اطلق اولى لانه ادعى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض ولابي يوسف رح ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح باليقين كما لو ادعيا الشراء ولابي حنيفة رح ان التاريخ يضاده احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما اذا اقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ قال وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد اولى لان البينة قامت على ما لا تدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له

ان تعليل هذا التوجيه في مثل هذا المقام مستبعد جدا من وجوه شتى فتبصر وعلى هذا اي على الخلاف المذكور اذا كانت الدار في ايديهما واقاما البينة على الملك المطلق فوقتت بينة احدهما دون بينة الآخر يعني لا عبرة للتاريخ عندهما والدار للمؤرخ عند ابي يوسف رح ولو كانت في يد ثالث اي ولو كانت الدار المدعاة في يد ثالث والمسئلة بحالها اي وقتت بينة احد الخارجين في الملك المطلق دون الاخرى فهما سواء اي فالخارجان سواء يعني تقضى ببينتهما نصفين عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح الذي وقت اولى وقال محمد رح الذي اطلق اي لم يوقت اولى لانه اي الاطلاق دعوى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد كالاولاد والاكساب ورجوع الباعة بعضهم على بعض اي وبدليل رجوع الباعة بعضهم على البعض فان من اقام بينة على مطلق الملك في جارية مثلا واستحقها فالباعة يرجع بعضهم على بعض فكان مدعي مطلق الملك كان مدعيا للملك من الاصل وملك الاصل اولى من التاريخ ولابي يوسف رح ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالمتيقن يعني ان العمل بالمتيقن راجح على العمل بالمحتمل كما لو ادعيا الشراء اي ادعياه من بائع واحد وارخ احدهما دون الآخر كان صاحب التاريخ اولى كما مر ولابي حنيفة رح ان التاريخ يضاده اي يزاحمه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره اي اعتبار التاريخ يعني انه يحتمل ان يكون تاريخ الذي ارخ سابقا على تاريخ صاحبه ويحتمل ان يكون متاخرا عنه فنزلناه مقارنا له رعاية للاحتمالين كذا في شرح تاج الشريعة وغيره فصار كما اي فصار حكم هذه المسئلة كما لو اقاما البينة على ملك مطلق اي بدون ان يذكرا التاريخ اصلا بخلاف الشراء جواب عن قول ابي يوسف رح كما لو ادعيا الشراء لانه اي الشراء امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات وهو الحال فيترجح جانب صاحب التاريخ لكون شراء صاحب التاريخ سابقا على شراء الآخر من زمان التاريخ لا محالة اقول الان حصحص الحق من المص فانه قد كان استدل على مسئلة الشراء فيما مر بما هو في سمت دليل ابي يوسف رحمه الله ههنا وكنت استشكلته هناك واخترت ما ذكره صاحب الكافي هناك موافقا لما ذكره المص في خاتمة الكتاب ههنا فتذكر قال اي القدوري في مختصره وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد اولى سواء اقام صاحب اليد بينة على دعواه قبل القضاء بها للخارج او بعده وهذا جواب الاستحسان واما جواب القياس فالخارج اولى وبه اخذ ابن ابي ليلى ووجهه ان بينة الخارج اكثر استحقاقا من بينة ذي اليد لان الخارج ببينته كما يثبت استحقاق اولية الملك بالنتاج يثبت استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وذو اليد ببينته لا يثبت استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه فكان بينة الخارج اولى بالقبول كما في دعوى الملك المطلق كذا في النهاية وكثير من الشروح ووجه الاستحسان ما اشار اليه المص بقوله لان البينة اي بينة ذي اليد قامت على ما لا يدل عليه اليد وهو اولية الملك بالنتاج كبينة الخارج فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له اي لذي اليد سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج او بعده اما قبله فظاهر واما بعده فلان ذا اليد لم يصر مقضيا عليه لان بينته في نفس الامر دافعة لبينة الخارج لان النتاج لا يتكرر فاذا تكررت بينة دافعة تبين ان الحكم لم يكن مستندا الى حجة فلا يكون معتبرا كذا قرر في العناية واكتفى به اقول يرد عليه ان وجه الاستحسان بهذا التقرير لا يدفع ما ذكروا من وجه القياس لان تساوي البينتين من جهة دلالة كل واحدة منهما على اولية الملك بالنتاج لا ينافي ان تكون بينة الخارج اكثر اثباتا للاستحقاق من بينة ذي اليد من جهة اثبات بينة الخارج استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وعدم اثبات بينة ذي اليد استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما على ما صرح به في وجه القياس فينبغي ان يكون بينة الخارج اولى بناء على زيادة الاثبات وقد كان صاحب النهاية والكفاية تداركا ذلك قرارا في تقريرهما شيئا لدفعه حيث قال واما قوله ان بينة الخارج اكثر اثباتا قلنا نعم كذلك الا ان في بينة ذي اليد سبق التاريخ لانها تثبت اولية الملك على وجه لا يحتمل التملك من جهة الغير فكان اولى الا يرى انهما لو ادعيا ملكا مطلقا وارخا وذو اليد اسبق تاريخا يقضى لذي اليد وان كانت في بينة الخارج زيادة استحقاق على ذي اليد انتهى اقول ويرد عليه ان كون بينة ذي اليد مثبتة لاولية الملك

وههنا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن ابان رحمه الله انه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على طريق القضاء

على وجه لا يحتمل التملك من جهة الغير انما نشأ من اثباتها النتاج الذي لا يتكرر وهذا المعنى بعينه موجود في بينة الخارج ايضا لان كلامنا فيما اذا اقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد بينة على النتاج كما هو صريح مسئلة الكتاب ههنا وفيما اذا لم يذكرا تاريخا فان ما اذا ذكرا تاريخا مسئلة اخرى لها اقسام واحكام اخر كما سيجيء في آخر هذا الباب فاذن لا معنى لسبق التاريخ في بينة ذي اليد في مسئلتنا هذه فلا تمشية للتوجيه الذي ذكره ههنا واعلم انه وجه الاستحسان الذي لا يحوم حوله شائبة استشكال ههنا ما روى ابو حنيفة رحمه الله عن الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله رضي الله تعالى عنه ان رجلا ادعى ناقة في يد رجل واقام البينة انها ناقته نتجها واقام ذو اليد البينة انها ناقته نتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها للذي هي في يده ثم اعلم انه ذكر في الشروح اخذا من الذخيرة ان بينة ذي اليد على النتاج انما تترجح على بينة الخارج اذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلا نحو الغصب والوديعة او الاجارة او الرهن او ما اشبه ذلك واما اذا ادعى ذلك فبينة الخارج اولى لان ذا اليد ببينته يثبت ما هو ثابت بظاهر يده من وجه والخارج ببينته يثبت الفعل وهو غير ثابت اصلا فكانت بينة الخارج اكثر اثباتا فهي اولى انتهى ولكن قال عماد الدين رحمه الله في فصوله بعد نقل ما في الشروح عن دعوى الذخيرة وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله في باب دعوى النتاج من المبسوط ما يخالف المذكور في الذخيرة فقال دابة في يدي رجل اقام آخر بينة انها دابته آجرها من ذي اليد او اعارها منه او رهنها اياه وصاحب اليد اقام بينة انها دابته نتجت عنده فانه يقضى بها لصاحب اليد لانه يدعي ملك النتاج والآخر يدعي الاعارة او الاجارة او الرهن والنتاج اسبق من الاعارة والاجارة والرهن فيقضى لذي اليد وهذا خلاف ما ذكر في الذخيرة انتهى وهذا هو الصحيح اي ما ذكر من القضاء لذي اليد هو الصحيح واليه ذهب عامة المشايخ خلافا لما يقوله عيسى بن ابان انه تتهاتر البينتان ويترك في يده اي يترك المتنازع فيه في يد ذي اليد لا على طريق القضاء اي لا على طريق قضاء الاستحقاق بل على طريق قضاء الترك وجه قوله ان القاضي تيقن بكذب احد الفريقين اذ لا يتصور نتاج دابة من دابتين وفي مثل هذا تتهاتر البينتان كما في مسئلة كوفة ومكة على ما مر في اول هذا الباب وجه صحة ما ذهب اليه العامة ان محمدا رحمه الله ذكر في الخارجين اقاما البينة على النتاج انه يقضى به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد وكذلك قال لو كانت الشاة المذبوحة في يد احدهما وسواقطها في يد الآخر واقام كل واحد منهما البينة على النتاج فيها يقضى بها وبالسواقط لمن في يده اصل الشاة ولو كان الطريق تهاتر البينتين لكان يترك في يد كل واحد منهما ما في يده والجواب عن قوله ان القاضي تيقن بكذب احد الفريقين ما ذكرنا في شهادة الفريقين على الملكين بان كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا لاداء الشهادة وهذا لان الشهادة على النتاج لا يلزم فيها معاينة الانفصال من الام بل يكفي رؤية الفصيل يتبع الناقة فكل من الفريقين في شهادته على النتاج يجوز ان يعتمد سببا ظاهر الاداء الشهادة فيجب العمل بها ولا يصار الى التهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين حيث لا تتهاتر البينتان مع ان العين الواحد لا يتصور ان يكون مملوكا لشخصين في زمان واحد لكل واحد منهما بكماله ولكن لما وجد القاضي لشهادة كل واحد من الفريقين محملا مطلقا لاداء الشهادة بان عاين احد الفريقين احد الخصمين باشر سبب الملك وعاين الفريق الآخر الخصم الآخر يتصرف فيه تصرف الملاك قبل شهادة الفريقين كذا ههنا وعن هذا خرج الجواب عن مسئلة مكة وكوفة لان القاضي لم يجد لشهادة الفريقين هناك محملا مطلقا لكل واحد منهما لاداء الشهادة لان المطلق للشهادة بالطلاق والعتاق معاينة الشهود ايقاع الطلاق والعتاق ولا يتصور سماع الفريقين ايقاع الطلاق والعتاق في يوم واحد من شخص واحد بمكة وكوفة لان الشخص الواحد في يوم واحد من شخص واحد بمكة وكوفة لان الشخص الواحد في يوم واحد لا يكون في مثل ذينك المكانين عادة فتهاترت البينتان هناك لذلك اما ههنا فبخلافه ثم ان ثمرة الخلاف انما تظهر في حق تحليف ذي اليد وعدمه فعند عيسى بن ابان يحلف ذو اليد للخارج لان البينتين لما تهاترتا صار كان البينتين لم تقوما بالشهادة اصلا فيقضى لذي اليد قضاء

تابعة لانكر [illegible]

ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه ولو اقام احدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان لان بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت الملك للآخر الا بالتلقي من جهته وكذلك اذا كان الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء لانه بمنزلة النص والاول بمنزلة الاجتهاد

ترك بعد احلف للخارج وعند العامة لا يحلف كذا في المبسوط والذخيرة ولو تلقى كل واحد منهما اي ولو اخذ كل واحد من الخارج وذي اليد الملك من رجل على حدة وكان هناك ملكان ومقيتان واقام البينة على النتاج عنده اي واقام كل واحد منهما البينة على النتاج عند من تلقى الملك منه فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه فيقضي به الذي اليد لان كل واحد منهما خصم عمن يتلقى الملك منه فكان المملكين قد حضرا واقاما على ذلك بينة فانه يقضي ثمه لصاحب اليد كذلك ههنا ولو اقام احدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان اي خارجا كان صاحب النتاج او ذا اليد لان بينته اي لان بينة صاحب البيد قامت على اولية الملك فلا يثبت اي فلا يثبت الملك للآخر الا بالتلقي من جهته اي من جهة صاحب النتاج والفرض ان الآخر لم يتلق منه وكذا اذا كان الدعوى بين خارجين بان ادعى احدهما الملك والآخر النتاج فبينة النتاج اولى لما ذكرنا من ان بينته تدل على اولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي من جهته ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له اي للثالث الا ان يعيدها اي البينة ذو اليد فحينئذ يقضى له لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية لان المقضي به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقتضي ثبوته في حق آخر فان عاد ذو اليد ببينة قضى له بها لتقديم بينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج وان لم يعد قضى بها للثالث قال في البدائع فرق بين الملك وبين العتق ان القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاء على الناس كافة والقضاء بالملك على شخص لا يكون قضاء على غيره وان كانت بينة النتاج توجب الملك بصفة الاولية وانه لا يحتمل التكرار كالعتق ووجه الفرق ان العتق حق الله تعالى الا يرى ان العبد لا يقدر على ابطاله حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه ولو كان حق العبد لقدر على ابطاله واذا كان حق الله تعالى فالناس في اثبات حق الله تعالى خصوم عنه بطريق النيابة لكونهم عبيده فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل لاستوائهم في العبودية بمنزلة الورثة لما قاموا مقام الميت في اثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفاء قام الواحد منهم مقام الكل لاستوائهم في الخلافة بخلاف الملك فانه خالص حق العبد فالحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب لا بالانابة حقيقة او بثبوت النيابة شرعا او اتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ما عرف ولم يوجد شيء من ذلك فالقضاء على غيره يكون قضاء على الغائب من غير ان يكون عنه خصم حاضر وهذا لا يجوز انتهى وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل اي تقبل بينته وينقض القضاء اي ينقض القضاء الاول صورته اما اذا اقام الخارج البينة على ذي اليد في دابة معينة بالملك المطلق فقضى القاضي بها له ثم اقام ذو اليد البينة على النتاج يقضى بها له وينقض القضاء الاول كذا في النهاية والكفاية لانه بمنزلة النص اي لان اقامة البينة على النتاج بمنزلة النص في الدلالة على الاولية قطعا فكان القضاء الواقع على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص والقضاء ينقض هناك كذا ههنا وهذا استحسان وفي القياس لا يقبل بينته لانه صار مقضيا عليه بالملك فلا يقبل الا ان يدعي تلقي الملك من جهة المقضي له وجوابه انه لم يصر مقضيا عليه لان باقامته البينة على النتاج تبين ان الدافع لبينة المدعي كان موجودا والقضاء كان خطاء فلا يكون مقضيا عليه كذا في العناية وغيرها اقول فيه شيء وهو ان ظاهر هذا الجواب خارج عن المسئلة التي نحن بصددها فان عبارة المسئلة هكذا وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء وقد صرح فيها بكونه مقضيا عليه بنقض القضاء فانكار كونه مقضيا عليه ينافيه ظاهرا فالاولى في الجواب ان يقال ان كونه مقضيا عليه لا يضر بقبول البينة لان بقبول البينة على النتاج تبين ان الدافع لبينة المدعي كان موجودا في نفس الامر ولكن لم يكن ظاهرا عند القاضي فاذا ظهر تبين خطاء القضاء الاول فلم يكن معتبرا فينتقض كالقضاء الظاهر في خلافه نص قول الشارح فان قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج مجتهد فيه فان ابن ابي ليلى يرجح بينة الخارج فينبغي ان لا ينقض قضاء القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد قلنا انما يكون قضاؤه عن اجتهاد اذا كانت بينة ذي اليد قائمة عنده وقت القضاء فرجح باجتهاده بينة الخارج عليها وههنا البينة

قال وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف وان كان يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق

ما كانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن قضاؤه عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذي اليد فاذا اقام ما يدفع به انتقض القضاء الاول انتهى اقول الاتجه السؤال راسا لان كلامنا في ان المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء وترجيح ابن ابي ليلى بينة الخارج فيما اذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد النتاج على ما بين فيما قبل وذلك غير ما نحن فيه اما ترجيح بينة الخارج فيما اذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد النتاج كما فيما نحن فيه فغير ثابت وقد تتبعت الكتب ولم اظفر بالتصريح بذلك من احد قط وما ذكروا فيما مر من وجه جواب القياس الذي اخذ به ابن ابي ليلى لا يساعد ذلك جدا كما لا يخفى على المتامل قال اي القدوري في مختصره وكذلك النسج اي النسج كالنتاج في انه لا يتكرر وكل حكم عرفته في النتاج فهو في النسج كذلك وصورة المسئلة اذا ادعى رجل ثوبا في يد رجل انه ملكه بانه نسجه في ملكه واقام على ذلك بينته واقام صاحب اليد بينته على مثل ذلك قضى بالثوب لصاحب اليد كذا في النهاية في الثياب التي لا تنسج الا مرة واحدة كغزل القطن هذا احتراز عن الثياب التي تنسج مرة بعد اخرى كالخز وفي المبسوط النسج في الثوب موجب لاولية الملك فيه وهو مما لا يتكرر كالنتاج في الدابة الا ان يكون الثوب بحيث ينسج مرة بعد اخرى كالخز ينسج ثم ينكث فيغزل وينسج ثانيا فحينئذ يقضى للخارج وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى النتاج قد تقدم ان القياس في دعوى النتاج ما ذهب اليه ابن ابي ليلى من ان بينة الخارج اولى وان ما ذهبنا اليه من كون بينة ذي اليد اولى استحسان تركنا القياس فيه بالسنة وهي حديث جابر رضي الله عنه كما رويناه من قبل فلا يلحق بالنتاج الا ما كان في معناه من كل وجه وكل ما لا يتكرر من اسباب الملك فهو في معناه من كل وجه فيلحق به بدلالة النص كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد اي واتخاذ اللبد والمرعزى اي وجز المرعزى اذا شددت الزاي قصرت واذا خففت مددت والميم والعين مكسورتان وقد يقال مرعزاء بفتح الميم مخففا ممدودا وهي كالصوف تحت شعر العنز كذا في المغرب وجز الصوف فاذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد لبنا انه ملكه حلبه من شاته او ادعى جبنا اي ملكه صنعه في ملكه او ادعى لبدا انه ملكه صنعه في ملكه او ادعى مرعزى انها ملكه جزها من عنزه او ادعى صوفا انه ملكه جزه من غنمه واقاما على ذلك بينة فانه يقضى بذلك لذي اليد في هذه الصورة كلها لان اسباب الملك فيها لا تكون الا مرة واحدة فكانت في معنى النتاج من كل وجه فالحقت به وان كان سبب الملك يتكرر اي وان كان يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق قال صاحب النهاية والمعنى فيه ان الثوب الذي ينسج مرة بعد مرة يجوز ان يصير لذي اليد بالنسج ثم انفصله الخارج فنقضه ونسجه مرة اخرى فيصير ملكا له بهذا السبب بعدما كان ملكا لذي اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه بخلاف الفصل الاول فان الثوب الذي لا ينسج الا مرة اذا صار لذي اليد بنسجه لا يتصور ان يكون الخارج نسجه فكان في معنى النتاج انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث اما اولا فلان السبب يراد لحكمه كما سيجيء بعد اسطر واما ثانيا فلانه يلزم نقض اليد الثابتة بالشك انتهى اقول كلا بحثيه ساقط جدا اما الاول فلانه لا يقضى ههنا بالبينتين بناء على اعتبار السببين حتى يقال ان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولم يثبت الملك بالنسج الى ذي اليد حتى كان المدعى للخارج بل انما يقضى ههنا ببينة الخارج فقط بناء على كونها اكثر اثباتا كما في الملك المطلق فلم يعتبر الاسباب اصلا هو للخارج بخلاف ما سيجيء بعد اسطر حيث يقضى هناك على قول محمد رحمه الله بالبينتين على اعتبار السببين ويكون المدعى للخارج فيتجه اليه من قبل لا امين ان يقال ان السبب يراد لحكمه وهو الملك وحيث لم يثبت الملك لذي اليد لم يكن السبب مفيدا الحكم بالنسبة اليه فلم يعتبر وسيتضح لك الامر هناك ان شاء الله تعالى واما الثاني فلان ما ذكره صاحب النهاية من المعنى ليس علة للقضاء للخارج فيما يتكرر من الاسباب حتى يقال كيف ينقض اليد الثابتة بالمحتمل المشكوك بل هو مجرد بيان لكون دعوى الملك بسبب يتكرر في معنى دعوى الملك المطلق دون معنى دعوى النتاج حيث لا يدل السبب الذي يتكرر على اولية الملك كالنتاج بل يحتمل ان يثبت به الملك اولا وثانيا كالملك المطلق وانما علة القضاء للخارج بعد تقرر ذلك المعنى كون بينة الخارج اكثر اثباتا من بينة ذي اليد كما تحقق في مسئلة

وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضى به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل قال وان اقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد اولى لان الاول وان كان يثبت اولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا لاتنافي فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه

دعوى الملك المطلق فلا حاجة الى بيانه ههنا ومفاسد قلة التامل مما يضيق عن الاحاطة به نطاق البيان وقد استشكل ذلك البعض قول المص ره وان كان يتكرر قضى به للخارج حيث قال فيه ان الشراء سبب يتكرر مع ان بينة ذى اليد اولى فلا بد من الفرق اقول اذا ادعى الخارج الشراء من رجل وادعاه ذو اليد من رجل آخر فالحكم فيه كالحكم فيما اذا ادعيا الملك المطلق بلا تفاوت بينهما على ما صرح به فى عامة المعتبرات وذكره الشارح الاتقانى فيما مر نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فلا اشتباه هناك واما اذا ادعيا الشراء من واحد فبينة ذى اليد اولى كما مر فى الكتاب فوجه الفرق بينه وبين ما نحن فيه هو ان كلا من الخارج وذى اليد هناك اثبت بينته الاستحقاق على الغير لا سبب الملك وحده فلم يكن فى معنى الملك المطلق بخلاف ما نحن فيه ونقل فى الكتاب المصنف ايما الى ذلك بقوله قال وكذلك كل سبب فى الملك لا يتكرر ثم قال وان كان يتكرر قضى به للخارج فاعتبر اختلاف حكمي ما يتكرر وما لا يتكرر فى سبب الملك احترازا عن سبب الاستحقاق وهو اى السبب المتكرر فى الملك مثل الخز اى مثل نسج الخز وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا كذا فى المغرب قيل هو ينسج فاذا بلى يغزل مرة اخرى وينسج والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب اى وزراعة الحنطة وسائر الحبوب فاذا ادعى كل واحد من الخارج وذى اليد ثوبا انه ملكه نسجه من خزه او ادعى دارا انها ملكه بناها بماله او ادعى غرسا انه ملكه غرسه او ادعى حنطة انها ملكه زرعها او حبا آخر من الحبوب كذلك واقاما على ذلك بينة قضى بذلك للخارج فى هذه الصور كلها لان اسباب الملك فيها ليست فى معنى النتاج لتكررها اما الخز فلما نقلنا واما البناء فانه يكون مرة بعد اخرى واما الغرس فكذلك اما الحنطة والحبوب فلانها تزرع ثم تغربل التراب فتميز الحنطة والحبوب ثم تزرع ثانية فاذا لم تكن فى معناه لم تلحق به بل صارت بمنزلة الملك المطلق فان اشكل اى فان اشكل شيء لا يتيقن بالتكرار وعدمه فيه يرجع الى اهل الخبرة اى يسال القاضى اهل العلم عن ذلك العدول منهم ويبتنى الحكم على قولهم لانهم اعرف به قال الله تعالى فاسالوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون الواحد منهم يكفي والاثنان احوط كذا فى النهاية نقلا عن المبسوط والذخيرة فان اشكل ذلك على اهل الخبرة ايضا قضى به اى بالمشكل للخارج لان القضاء ببينته اى ببينة الخارج هو الاصل لان القياس والعدول عنه بخبر النتاج اى والعدول عن الاصل كان بخبر النتاج اى بحديث النتاج وهو حديث جابر رضى الله عنه كما رويناه من قبل فى وجه الاستحسان

فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل الذى هو القياس قال اى القدورى فى مختصره وان اقام الخارج البينة على الملك وصاحب اليد البينة على الشراء منه اى من ذلك الخارج كان صاحب اليد اولى لان الاول اى الخارج ان كان يدعى اولية الملك وفى بعض النسخ ان كان يثبت اولية الملك فهذا اى صاحب اليد تلقى منه اى تلقى الملك من ذلك الخارج وفى هذا لاتنافى كما لا يخفى فصار اى فصار حكم هذه المسئلة كما اذا اقر بالملك له اى كما اذا اقر صاحب اليد بالملك للخارج ثم ادعى اى صاحب اليد الشراء منه اى من الخارج قال صاحب النهاية ذكر فى الفصول والحاصل ان الخارج مع ذى اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا ففى كل الصور الخارج اولى الا اذا اقام صاحب اليد بينة على النتاج او ارخا وتاريخ صاحب اليد اسبق وفى هذه الصورة التى ذكرها فى الكتاب تترجح بينة صاحب اليد ايضا وهى فيما اذا اقام الخارج البينة على الملك واقام صاحب اليد البينة على انه اشتراه من المدعى لان المدعى ان كان اثبت اولية الملك فهذا تلقى منه فحصل من هذا ان بينة ذى اليد تترجح على بينة الخارج فى هذه الصور الثلث التى ذكرها انتهى اقول لا مساس لهذه الصورة التى ذكرت فى الكتاب بما ذكر فى الفصول لانه فيما اذا ادعى كل واحد من الخارج وذى اليد ملكا مطلقا على ما هو مدلول صريح قول صاحب الفصول والحاصل ان الخارج مع ذى اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا الخ وما ذكر فى الكتاب فيما اذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد الملك المقيد بالشراء فضم هذه الصورة الى الصورتين المذكورتين فى الفصول بطريق الاستثناء وجعل ما تترجح فيه بينة ذى اليد على بينة الخارج صورا ثلثا كما فعله صاحب النهاية مما لا حاصل له لانه ان اراد ان ما تترجح فيه بينة ذى اليد

قال وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان ويترك الدار في يدي ذي اليد قال رضـ وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحـ وعلى قول محمد رحـ يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع ولم يسلم لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك وههنا لا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رحـ للوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد رحـ لجواز كل واحد من البيعين

على بينة الخارج فيما اذا ادعيا الملك المطلق بهذه الصور الثلث فليس بصحيح كما لا يخفى وان اراد ان ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج فيما اذا ادعيا الملك المطلق او غيره هذه الصورة الثلث فليس بتام لان ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج مطلقا غير منحصر في هذه الصور الثلث بل متحقق في غيرها كما اذا ادعيا الشراء من واحد ولم يكن تاريخ احدهما اسبق على ما سبق في الكتاب قال اي القدوري في مختصره وان اقام كل واحد منهما اي الخارج وذي اليد البينة على الشراء من الآخر اي اقام الخارج البينة على انه اشترى هذه الدار مثلا من ذي اليد واقامها ذو اليد على انه اشتراها من الخارج ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يدي ذي اليد بغير قضاء قال رضي الله عنه اي قال المصنف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعلى قول محمد رحمه الله يقضى بالبينتين وتكون اي وتكون الدار للخارج لان العمل بهما اي بالبينتين ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع اي ثم باع ذو اليد من الخارج ولم يسلم لان القبض دلالة السبق اي لان قبض ذي اليد دليل سبقه في الشراء كما مر اشارة الى قوله وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه انتهى ولا يعكس الامر اي لا يجعل كان الخارج اشتراها من ذي اليد اولا ثم باعها اياه لان البيع قبل القبض لا يجوز يعني ان العكس يستلزم البيع قبل القبض وذلك لا يجوز وان كان اي وان كان البيع في العقار عنده اي عند محمد رحـ ولهما اي ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان الاقدام على الشراء اقرار منه اي من المشتري بالملك للبائع فصار اي فصار امر هذه المسئلة كانهما اي البينتين قامتا على الاقرارين اي على الاقرارين من الطرفين وفيه التهاتر بالاجماع فكذا ههنا اي فيما نحن فيه ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك هذا دليل آخر لهما متضمن للجواب عما قاله محمد رحـ ان العمل بالبينتين ممكن يعني ان السبب لا يراد لنفسه وانما يراد لحكمه فاذا كان مفيدا لحكمه كان معتبرا والا فلا لكونه غير مقصود بالذات وههنا لا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق اي مستحق للخارج لانا اذا قضينا ببينة ذي اليد فانما تقضي ليزول ملكه الى الخارج فلم يكن السبب الذي هو البينة ههنا مفيدا لحكمه بالنسبة اليه فبقي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده فلم يكن معتبرا فلم يكن العمل بالبينتين اقول لمطالب ان يطالب بالفرق بين مسئلتنا هذه على قولهما وبين ما اذا اقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة على النتاج و لا تاريخ معهما حيث لم تتهاتر البينتان هناك عند ائمتنا الثلثة على ما هو الصحيح بل قضي ببينة ذي اليد له بناء على ان البينتين استوتا في الاثبات وترجحت بينة ذي اليد باليد كما مر وتهاترتا ههنا عندهما مع الاشتراك في العلة المذكورة هناك فتامل في الفرق ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا اي اذا استوى الثمنان لوجود قبض مضمون من كل جانب لعدم القضاء لشيء من العقدين عندهما وان كان احد الثمنين اكثر رجع بالزيادة كذا في شرح الكنز للزيلعي ثم ان هذا اي القصاص اذا كان المقبوض هالكا وان كان قائما وجب رده كذا في الكافي فان قلت تهاترت البينتان في الشراء عندهما فينبغي ان يكون كذلك في حق النقد لانه في ضمنه قلت امكن ان لا تقبل البينة في حق شيء وتقبل في حق شيء آخر كالمرأة اذا اقامت البينة على وكيل زوجها بنقلها على تطليق زوجها لا تقبل في حق الطلاق وتقبل في حق قصر يد الوكيل كذا في شرح تاج الشريعة وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رحـ للوجوب عنده اي لوجوب الثمن عند محمد رحـ فان البينتين لما ثبتتا عنده كان كل واحد منهما موجبا للثمن عند مشتريه فيتقاص للوجوب بالوجوب ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا اي البينتان بالاجماع لكن على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار ان دعواهما مثل هذا البيع اقرار من كل واحد منهما بالملك لصاحبه وفي مثل هذا الاقرار تهاتر الشهود فكذلك ههنا وعند محمد رحـ باعتبار ان بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس في البيعين ذكر تاريخ ولا دلالة تاريخ حتى يجعل احدهما سابقا والآخر لاحقا فاذا جاز البيعان لم يكن احدهما اولى من الآخر في القبول لسقوط التعارض فبقي العين على يد صاحب اليد كما كانت هو معنى قول المصنف لان الجمع غير ممكن عند محمد رحـ اي لان العمل بهما غير ممكن عنده لجواز كل واحد من البيعين مع عدم اولوية احدهما على الآخر لعدم ذكر التاريخ ولا دلالة فكانت شهادة الفريقين بمنزلة تعارض البينتين

بخلاف الأول وإن وقتت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى
أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد رح يقضى للخارج لأنه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه وإن أثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد
لأن البيعين جائزان على القولين وإذا كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم أو سلم ثم
وصل إليه بسبب آخر **قال** وإن أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء لأن شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد
والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف **قال** وإذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب
الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة رح اعتبارا بطريق المنازعة فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينتصف

بحيث متى لم يمكن الترجيح ولا الحمل على الحالتين سقط العمل بهما فبعد ذلك كان العمل بما بعدهما من الحجة على ما عرف وههنا أيضا لما سقطت شهادتهما بالتعارض بقي
العين في يد صاحب اليد كما كانت بخلاف الأول أي بخلاف ما إذا لم يذكر القبض في شهادتهما حيث يجعل هناك شراء صاحب اليد سابقا وبيعه لاحقا لدلالة القبض
على السبق إذ لو جعل شراء الخارج سابقا لزم البيع قبل القبض كما عرفت هذا زبدة ما في جملة الشروح في حل هذا المقام أقول لقائل أن يقول لم لا يجوز الجمع بينهما والعمل بهما
بجعل العين المدعاة بين المدعيين نصفين كما جعلناها كذلك فيما إذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة ولا تاريخ معهما حيث قضينا
هناك بالعين بينهما نصفين كما مر في صدر هذا الباب وأيضا قلنا إذا ادعى اثنان عينا في يد ثالث كل واحد منهما يدعي أنه اشتراها منه وأقاما بينة ولا تاريخ معهما
فكل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العين بنصف الثمن وإن شاء ترك وقد مرت هذه المسألة أيضا في هذا الباب ومرت فيه أيضا مسائل أخرى مشتركة في
هذا الحكم أعني التنصيف بلا خلاف بين أئمتنا ولا يخفى أن ما ذكروا ههنا لتخريج محمد رحمه الله ينتقض بكل واحدة منها فتدبر وفي الكافي وما ذكر في الهداية من أنه لو شهد
الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالإجماع لأن الجمع غير ممكن عند محمد رح بجواز كل واحد من البيعين يخالف ما ذكر في المبسوط والجامع الكبير وغيرهما من أنه لو شهدوا بالبيع والقبض يقضى بالبينتين عند محمد رح فيقضى
بالدار للذي في اليد لأن البينات حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن وقد أمكن لأنهما أثبتا العقدين والقبضين فيجعل كأن ذا اليد باعها وسلمها ثم الخارج باعها وسلمها انتهى وإن وقتت البينتان في العقار بين
قيد بالعقار ليظهر ثمرة الخلاف كما ذكر كذا في النهاية ومعراج الدراية ولم تثبتا قبضا أي لم تثبت البينتان قبضا وفي بعض النسخ ولم تشيئا قبضا ووقت الخارج أسبق أي الحال أن وقت الخارج
أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما أي عند أبي حنيفة رح وأبي يوسف رح فيجعل كأن الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد فإنه جائز في العقار عندهما وعند محمد رح يقضى للخارج لأنه
لا يصح بيعه أي بيع العقار قبل القبض عنده فبقي على ملكه أي فإذا لم يصح بيعه قبل القبض بقي على ملك الخارج وإن أثبتا قبضا أي وإن أثبت البينتان قبضا
وباقي المسألة على حاله وفي بعض النسخ وإن بينتا قبضا يقضى لصاحب اليد أي بالإجماع فيجعل أن الخارج باع ذلك من بائعه بعدما قبضه لأن البيعين أي
بالوجه المذكور جائزان على القولين أي على قولهما وقول محمد رح وإن كان وقت صاحب اليد أسبق وباقي المسألة على حاله يقضى للخارج في الوجهين
أي سواء أثبت البينتان القبض أو لم تثبتاه فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم أي ثم باع ذو اليد من الخارج ولكن لم يسلم
إليه هذا باعتبار عدم إثبات القبض أو سلم أي سلم ذو اليد إلى الخارج ثم وصل إليه أي إلى ذي اليد بسبب آخر من إجارة أو إعارة أو غيرهما وهذا باعتبار إثبات
القبض فقد جمع المص الوجهين في تقريره هذا كما ترى فإن قلت بقيت من أقسام المسألة المارة صورتان لم تذكرا في الكتاب أحدهما أن توقت البينتان وقتا
واحدا وثانيهما أن توقت إحدى البينتين وقتا ولم توقت الأخرى فما حكمهما قلت حكم كل واحدة منهما كحكم ما إذا لم توقتا أصلا نص عليه في غاية البيان نقلا عن
مبسوط شيخ الإسلام قال أي القدوري في مختصره وإن أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء أي الاثنان والأربعة من الشهود سواء لأن
شهادة كل شاهدين علة تامة لوصولها إلى حد النصاب الكامل كما في حالة الانفراد في غير الشهادة في الزنا والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل يقع بقوة فيها أي في
العلة ألا يرى أن الخبر لا يترجح بخبر آخر والآية لا ترجح بآية أخرى لأن كل واحد منهما علة بنفسه والمفسر ترجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة على ما عرف أي في علم أصول الفقه
وكذلك الشهادتان إذا تعارضتا وأحدهما مستورة والأخرى عادلة ترجحت العادلة على المستورة بالعدالة لأنها صفة الشهادة ولا تترجح بزيادة عدد الشهود
لأنها ليست بصفة لما هو حجة من الشهادة بل هي مثلها وشهادة كل عدد ركن مثل شهادة الآخر إلا أن يكون بعضها صفة للبعض إلى هذا أشار في التقويم كذا في
النهاية قال أي القدوري في مختصره وإذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب
النصف ربعها عند أبي حنيفة رح اعتبارا بطريق المنازعة فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينتصف

بينهما وقالا هي بينهما اثلاثا فاعتبر طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف بسهم واحد فيقسم اثلاثا ولهذه المسئلة نظائر واضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات **قال** ولو كانت في ايديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء لانه خارج في النصف فيقضى ببينته والنصف الذي في يده صاحبه لا يدعيه لان مدعاه النصف وهو في يده سالم له

بينهما فتجعل الدار على اربعة لحاجتنا الى حساب له نصف ولنصفه نصف واقله اربعة كذا في الكافي وقالا اي ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هي اي الدار بينهما اي بين المدعيين اثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين اي ياخذ بحسب كل حقه سهمين وفي المغرب وقال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث اي ياخذ منه شيئا بحكم ماله من الثلث كذا في النهاية ومعراج الدراية وصاحب النصف بسهم واحد اي وصاحب النصف يضرب بكل حقه ايضا وهو سهم واحد اذ الدار تجعل سهمين لحاجتنا الى عدد له نصف صحيح واقله اثنان فيضرب صاحب الجميع بذلك وصاحب النصف بسهم واحد فيقسم بينهما اثلاثا اي فيقسم الدار بين المدعيين اثلاثا ثلثاها للمدعي الجميع وثلثها للمدعي النصف واعلم ان اصل ابي حنيفة رح ان المدلي بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر اليه يضرب بجميع حقه كاصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرماء الميت اذا ضاقت التركة عن ديونه والمدلي بسبب غير صحيح يضرب بقدر ما يصيبه حال المزاحمة كمسئلتنا هذه والموصى له باكثر من الثلث واصل ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان قسمة العين متى وجبت بسبب حق كان في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة كالفضولي اذا باع عبد رجل بغير امره وفضولي آخر باع نصفه واجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة ارباعا فعلى هذين الاصلين امكن الاتفاق بين الائمة الثلثة على العول وعلى المنازعة وامكن الافتراق فما اتفقوا على العول فيه العول على التركة اما على اصله فلان السبب لا يحتاج الى ضم شيء واما على اصلهما فلانها وجبت بسبب حق في العين لان حق الورثة يتعلق بعين التركة ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولي اما على اصله فلانه ليس بسبب صحيح لاحتياجه الى انضمام الاجازة اليه واما على اصلهما فلان حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن فيتحول بالشراء الى المبيع ومما افترقوا فيه مسئلتنا هذه فعلى اصله سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة وهي يحتاج الى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة كما بين في الكتاب وعلى اصلهما حق كل واحد من المدعيين في العين بمعنى ان حق كل منهما شائع فيها فما من جزء الا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول كما ذكر في الكتاب ثم اعلم ان اصلهما ينتقض بحق الغرماء في التركة فان قسمة العين بينهم بسبب حق كان في الذمة لا في العين ومع ذلك كانت القسمة عولية كذا في المبسوط قال المص ولهذه المسئلة نظائر واضداد اي للمسئلة المذكورة اشباه حكم فيها ابو حنيفة رح بالمنازعة وصاحباه بالعول كما في هذه المسئلة واضداد حكم فيها ابو حنيفة رح بالعول وصاحباه بالمنازعة على عكس ما في هذه المسئلة لا يحتملها اي النظائر والاضداد هذا المختصر يعني الهداية وقال وقد ذكرناها في الزيادات فمن نظائرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة والموصى له بالعين مع الموصى له بنصفه لكن اذا لم يكن للميت مال سواه ومن اضدادها العبد المأذون له المشترك اذا ادانه احد المولين مائة درهم واجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى للدين والاجنبي عند ابي حنيفة رح بطريق العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة ارباعا وكذا المدبر اذا قتل رجلا خطاء وفقأ عين آخر وغرم المولى قيمته لهما كذا في الكافي والشروح فتذكر الاصلين المذكورين يسهل عليك استخراج هذه الصورة قال اي القدوري في مختصره ولو كانت في ايديهما اي لو كانت الدار في ايدي المدعيين المسئلة بحالها سلم لصاحب الجميع اي المدعي الجميع نصفها على وجه القضاء وهو الذي كان بيد الآخر ونصفها لا على وجه القضاء وهو الذي كان بيده نفسه لانه خارج في النصف اي لان صاحب الجميع وهو مدعي الجميع خارج في نصف الذي بيد مدعي النصف فيقضى ببينته اي ببينة صاحب الجميع في حق ذلك النصف بناء على ان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد فتم دليل قوله نصفها على وجه القضاء وبقي دليل قوله ونصفها لا على وجه القضاء وهو قوله فالنصف الذي في يده اي في يدي صاحب الجميع صاحبه لا يدعيه اي صاحب الجميع اي خصمه وهو مدعي النصف لا يدعي ذلك النصف لان مدعاه اي مدعى صاحبه وهو مدعي النصف اي النصف وهو في يده سالم له توضيحه ان دعوى مدعي النصف متصرفة الى ما في يده ليكون يده يدا محقة في حقه لان حمل امور المسلمين على الصحة واجب فمدعي النصف لا يدعي شيئا مما في يد صاحب الجميع لان مدعاه النصف وهو في يده فسلم النصف

ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده **قال** واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما بينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى لان الحال تشهد له فيترجح وان اشكل ذلك كانت بينهما لانه سقط التوقيت فصار كانهما لم يذكرا تاريخا وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم الشهيد لانه ظهر كذب الفريقين فتترك في يد من كانت في يده

لمدعي الجميع بلا منازعة كذا في الكافي ولو لم ينصرف اليه دعواه اي ولو لم ينصرف دعوى مدعي النصف الى النصف الذي في يده كان ظالما بامساكه اي كان مدعي النصف ظالما بامساكه ما في يده وقضية وجوب حمل امر المسلم على الصحة قاضية بخلافه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده اي واذا لم يدع مدعي النصف النصف الذي في يدي مدعي الجميع ولا قضاء بدون الدعوى فيترك ذلك النصف في يدي مدعي الجميع بلا قضاء فتم دليل قوله ونصفها لا على وجه القضاء ايضا فثبت المدعي بشقيه قال صاحب العناية الاصل في هذه المسئلة ان دعوى كل واحد من المدعيين منصرف الى ما في يده كيلا يكون في امساكه ظالما حملا لامور المسلمين على الصحة وان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد انتهى اقول فيه نظر وهو ان انصراف دعوى مدعي الجميع من المدعيين الى ما في يده غير معقول لانه ان جعل الذي في يده الكل لا يبقى للمقدمة القائلة وان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد محل في هذه المسئلة ولا يصح قول المصنف لانه خارج في النصف ولا قول صاحب العناية في اثناء الشروح ومدعي الكل يدعي عليه النصف وهو خارج عن النصف وان جعل الذي في يده النصف كما هو الظاهر الحق فلا معنى لانصراف دعواه الى ما في يده لانه يدعي الكل وهو ليس في يده وايضا لا يتم قوله كيلا يكون في امساكه ظالما بالنسبة اليه لان الانسان لا يكون ظالما بامساكه حقه وان كان في يد غيره ومدعي الكل يدعي ان جميع ما في ايديهما حقه فالحق ان الذي ينصرف دعواه الى ما في يده انما هو مدعي النصف منهما كما هو المذكور في الكافي وغيره وقد مر منا في اثناء شرح كلام المصنف قال اي القدوري في مختصره واذا تنازعا اي تنازع اثنان في دابة واقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى اي الذي يوافق سن الدابة تاريخه اولى من الآخر لان الحال تشهد له يعني ان علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له فيترجح اي فيترجح من يوافق سن الدابة تاريخه واعلم انه لا فرق في هذا بين ان يكون الدابة في ايديهما او في يد احدهما او في يد ثالث لان المعنى لا يختلف بخلاف ما اذا كانت الدعوى في النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها لذي اليد ان كانت في يد احدهما او لهما ان كانت في ايديهما او في يد ثالث كذا ذكره الامام الزيلعي في شرح الكنز وان اشكل ذلك اي سن الدابة كانت بينهما اي كانت الدابة بينهما نصفين لانه سقط التوقيت وصار كانهما لم يذكرا تاريخا هذا الجواب في الخارجين وان كان احدهما صاحب اليد ودعواهما في النتاج ووقتت البينتان وقتين فان كانت الدابة على وقت بينة الخارج قضيت بها له لظهور علامة الصدق في بينته وعلامة الكذب في بينة ذي اليد وان كانت الدابة على وقت بينة ذي اليد او كانت مشكلة قضيت بها لذي اليد اما لظهور علامة الصدق في بينته او لسقوط اعتبار التوقيت اذا كانت مشكلة كذا في المبسوط ولم يذكر فيه ما اذا كان سن الدابة بين الوقتين وذكر في الذخيرة في ذلك تهاترت البينتان عند عامة المشائخ وتترك الدابة في يد صاحب اليد كذا في النهاية ومعراج الدراية وان خالف سن الدابة الوقتين قال الشارح اي في دعوى الخارجين اقول لم يظهر لي فائدة هذا التقييد كما سأبين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم لانه ظهر كذب الفريقين وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع ايضا فتترك اي الدابة في يد من كانت في يده والظاهر ان هذا يعم الصور الثلث اعني ما اذا كانت الدابة في يد ثالث وما اذا كانت في ايديهما وما اذا كانت في يد احدهما اذ لا فارق بينهن في الوجه الذي ذكره من قبل الحاكم فلا فائدة في التقييد المار وفي المبسوط من مشائخنا من قال تبطل البينتان والاصح ما قاله محمد رح من الجواب وهو ان يكون الدابة بينهما في الفصلين يعني فيما اذا كان سن الدابة مشكلا وفيما اذا كان على غير الوقتين في دعوى الخارجين اما اذا كان مشكلا فلا شك فيه وكذلك اذا كان على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفي هذا الموضع في اعتباره ابطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت اصلا ونظر الى مقصودهما وهو اثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين ولو انا اعتبرنا التوقيت لبطلت البينتان وهي في يد ذي اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذي اليد فكيف تترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق كذا ذكر في اكثر الشروح قال صاحب العناية بعد نقل ذلك وهذه الرواية مخالفة لما روى ابو الليث

قال وإذا كان العبد في يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما **فصل في التنازع بالأيدي**
قال وإذا تنازعا في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى لأن تصرفه أظهر فإنه يختص بالملك وكذا إذا كان أحدهما راكبا
في السرج والآخر رديفه فالراكب في السرج أولى بخلاف ما إذا كانا راكبين حيث تكون بينهما لاستوائهما في التصرف وكذا إذا تنازعا في بعير وعليه حمل
لأحدهما وللآخر كوز معلق فصاحب الحمل أولى لأنه هو المتصرف وكذا إذا تنازعا في قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى
لأنه أظهرهما تصرفا ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما معناه لا على طريق القضاء لأن القعود ليس بيد عليه فاستويا

عن محمد رح أنه قال إذا كان سن الدابة مشكلا تقضى بينهما نصفين وإن كان مخالفا للوقتين لا تقضى لهما بشيء ويترك في يدي ذي اليد قضاء ترك فكأنهما لم تقيما البينة
والعمل بهذا هو الأصح وقوله ينظر إلى مقصودهما ليس بشيء لأن مقصود المدعي ليس بمعتبر في الدعاوى بل الحجة واتفاق الفريقين على استحقاقهما على ذي اليد غير معتبر لأنه ليس
بحجة مع وجود المكذب انتهى أقول يمكن أن يجاب عن قوله وقوله ينظر إلى مقصودهما ليس بشيء في قوله لأنه ليس بحجة مع وجود المكذب بأن الموجود تكذيب الوقتين
لا تكذيب أصل البينتين فلا يلزم من سقوطهما اعتبار ذكر الوقت لا سقوط اعتبار أصل البينتين وهو إثبات استحقاق المدعيين على
ذي اليد فلا قادح لمباني المبسوط ويرشد إلى هذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وإن خالف سنها الوقتين جميعا سقط الوقت كذا ذكر في ظاهر الرواية لأنه
ظهر بطلان التوقيت فكأنهما لم يوقتا فبقيت البينتان قائمتين على مطلق الملك من غير توقيت وذكر الحاكم في مختصره أن في رواية أبي الليث تتهاتر
البينتان قال وهو الصحيح ووجهه أن سن الدابة إذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البينتين فالتحقتا بالعدم فيترك المدعى في يد صاحب اليد كما كان
والجواب أن مخالفة السن الوقتين توجب كذب الوقتين لا كذب البينتين أصلا ورأسا انتهى كلامه فتأمل ترشد قال أي محمد رح في الجامع الصغير في كتاب القضاء
وإذا كان العبد في يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بالغصب والآخر بوديعة فهو بينهما أي العبد بين المدعيين لاستوائهما لأن المودع لما جحد الوديعة
صار غاصبا فصار دعوى الوديعة والغصب سواء والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق فيكون العبد بينهما نصفين
فصل في التنازع بالأيدي لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع في بيان وقوعه بظاهر اليد في هذا الفصل لما أن الأول أقوى ولهذا إذا
أقامت البينة لا يلتفت إلى اليد قال أي القدوري في مختصره وإذا تنازعا أي تنازع اثنان في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب أولى
لأن تصرفه أي تصرف الراكب أظهر فإنه أي الركوب يختص بالملك يعني غالبا قال الإمام الزيلعي في شرح الكنز بخلاف ما إذا أقاما البينة حيث يكون بينة الخارج
التعليق
أولى لأنها حجة مطلقة وبينة الخارج أكثر إثباتا على ما بيناه وأما التعلق فليس بحجة وكذا التصرف لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على أنه كان في يده
واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك في يده حتى تقوم الحجة والترجيح انتهى وكذا إذا كان أحدهما راكبا في السرج والآخر رديفه
فالراكب أي في السرج أولى لأن العادة جرت بأن الملاك يركبون في السرج وغيرهم يكون رديفا كذا في الكافي وغيره واعلم أن ما ذكر في الكتاب
من أن كون الراكب في السرج أولى من رديفه على رواية نقلها الناطفي رح في الأجناس عن نوادر المعلى وأما في ظاهر الرواية فالدابة بينهما نصفان
كذا في غاية البيان والعناية بخلاف ما إذا كانا راكبين يعني في السرج حيث تكون أي الدابة بينهما قولا واحدا لاستوائهما في التصرف أما إذا كان
أحدهما ممسكا بلجام الدابة والآخر متعلقا بذنبها قال مشائخنا ينبغي أن يقضى للذي هو ممسك بلجامها لأنه لا يتعلق باللجام غالبا إلا المالك أما
الذنب فإنه كما يتعلق به المالك يتعلق به غيره كذا في النهاية نقلا عن الذخيرة وكذا إذا تنازعا في بعير وعليه حمل لأحدهما فصاحب الحمل أولى لأنه هو
المتصرف فهو ذو اليد وكذا إذا تنازعا في قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى لأنه أظهرهما تصرفا ولهذا يصير به غاصبا كذا في الشرح
وكذا إذا
ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما وكذا لو كانا جالسين عليه وادعياه فهو بينهما كذا في الشرح قال المص رح معناه لا على
طريق القضاء أي معنى قوله فهو بينهما أنه بينهما لا على طريق القضاء بل على المساواة لقوله لأن القعود ليس بيد عليه أي على البساط حتى لا يصير به غاصبا فاستويا
أي فاستوى المتنازعان فيه فيجعل بينهما لعدم المنازع لهما قال صاحب النهاية في حل هذا المقام لأن اليد على البساط لا يثبت إلا بأحد شيئين
الطرفين إما بإثبات اليد عليه حسا بالنقل والتحويل ... [illegible]

قال واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة في الاستحقاق

تاركة الطريق ولما علم انه ليس في يد غيرهما ولا في يدهما وهما يدعيان يقضى بينهما لاستوائهما في الدعوى انتهى اقول يرد عليه ان هذا الشرح لا يطابق المشروح لان المصنف قال معناه لا على طريق القضاء وهو يقول يقضى بينهما فبينهما تدافع ظاهر فان قلت يجوز ان يكون مراد المصنف لا على طريق قضاء الاستحقاق ومراد الشارح يقضى بينهما قضاء الترك ايضا اذ لا بد في قضاء الترك فلا تدافع بينهما قلت لا مجال لان يكون المراد بالقضاء بينهما ههنا قضاء الترك ايضا اذ لا بد في قضاء الترك من ان يعرف كون المدعى في يد المدعى كما يفصح عنه ما ذكره صاحب الكفاية ههنا وصاحب النهاية نقلا عن الذخيرة فيما سيجيء في مسئلة التنازع في الحائط حيث قال ومعنى القضاء بينهما انه اذا عرف كونه في ايديهما قضاء بينهما قضاء ترك وان لم يعرف كونه في ايديهما وقد ادعى كل واحد منهما انه ملكه وفي يديه يجعل في ايديهما لانه لا منازع لهما لا انه يقضى بينهما انتهى فانه يظهر منه الفرق بين قضاء الترك بينهما وبين الجعل في ايديهما من جهة ان الاول فيما عرف كون المدعى في ايديهما والثاني فيما لم يعرف ذلك وفيما نحن فيه لم يتحقق يد لواحد من المدعيين على ما تقرر آنفا فلم يعرف كون المدعى في ايديهما فلم يتصور القضاء بينهما قضاء الترك ايضا فلم يتم التوفيق المذكور وكان صاحب العناية تنبه لهذا فقال لان اليد على البساط اما بالنقل والتحويل او بكونه في بيته والجلوس عليه ليس لشيء من ذلك فلا يكون يدا عليه فليس بايديهما ولا في يد غيرهما وهما يدعيانه على السواء فيترك في ايديهما انتهى حيث ترك ذكر القضاء بينهما وذكر الترك في ايديهما لكن هذا ايضا لا يخلو عن قصور لان استعمال الترك في اليد يقتضي سبق تحقق اليد وههنا ليس كذلك كما تبين فحق الكلام في هذا المقام ان يقال ويجعل في ايديهما او يوضع فيها لعدم المنازع لهما كما ذكر فيما قيل لانه حينئذ يطابق الشرح المشروح ويطابق المقام تمام المطابقة كما يظهر مما سيجيء في مسئلة التنازع في الحائط من الفرق بين محل القضاء بينهما قضاء ترك وبين محل الجعل في ايديهما بلا قضاء وايضا لا تبقى الحاجة حينئذ الى ما ذكره صاحبا النهاية والعناية وغيرهما من الفرق بين مسئلتنا هذه وبين مسئلة الدار اذا تنازعا فيها وكانا قاعدين فيها حيث لا يقضى بها بينهما ولا الى ما ارتكبوا في وجه الفرق بينهما من التكلف على ما لا يخفى على الفطن الناظر في كلامهم اذ يظهر حينئذ ان حكم كل واحدة من هاتين المسئلتين ان لا يقضى بين المدعيين بالمدعى بناء على ان ليس لاحد منهما يد عليه حتى تصير دليل الملك وسبب القضاء بل ان يجعل المدعى في ايديهما بلا قضاء لعدم المنازع لهما واستوائهما في الدعوى فتدبر قال اي محمد رح في كتاب القضاء من الجامع الصغير واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فان كل واحد منهما متمسك باليد الا ان احدهما اكثر استمساكا فلا توجب زيادة في الاستحقاق يعني ان مثل تلك الزيادة لا توجب الرجحان اذ لا ترجيح بكثرة العلل كما مر في مسئلة ما اذا تنازعا في بعير ولاحدهما عليه خمسون منا وللآخر مائة من كان بينهما نصفين ولا يعتبر التفاوت بالقلة والكثرة وكما لو اقام احدهما الاثنين من الشهود والآخر الاربعة وفيه اشارة الى الفرق بين هذا وبين مسئلة القميص التي ذكرت من قبل لان الزيادة هناك ليست من جنس الحجة فان الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال كذا في العناية ثم ان هذا يدل على ان جميع الثوب لو كان في يد رجل وادعى انه له كان القول قوله لكن هذا اذا عرف ان مثل هذا الثوب كان له في العادة والا فلا لانه ذكر في المحيط والذخيرة لو خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فان كان هذا الرجل الذي على عاتقه هذا المتاع يعرف ببيعه وحمله فهو له وان لم يعرف بذلك فهو لرب الدار وفي القدوري لو ان خياطا يخيط ثوبا في دار رجل فتنازعا في الثوب فالقول قول صاحب الدار وفي نوادر ابن سماعة عن ابي يوسف رح رجل دخل دار رجل فوجد معه مال فقال رب الدار هذا مالي اخذته من منزلي قال ابو حنيفة رح القول قول رب الدار ولا يصدق الداخل في شيء ما خلا ثيابه التي عليه ان كانت الثياب مما يلبسه وقال ابو يوسف رح ان كان الداخل رجلا يعرف بصناعة شيء من الاشياء بان كان مثلا حمالا يحمل الزيت فدخل وعلى رقبته زق زيت او كان ممن يبيع ويطوف بالمتاع في الاسواق فالقول قوله ولا اصدق

قال واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه ولو قال انا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة متاع بخلاف ما اذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره

قال واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه ولآخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليست بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال

قواب الدار عليه والا فلا فاثبت في هذه المسائل ان صاحب الدار انما يعتبر بيده وان كانت في المنقولات عند دلالة الدليل على ان ذلك له عادة والا فلا كذا في النهاية ومعراج الدراية قال اي محمد رح في الجامع الصغير في كتاب القضاء واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه اي يعقل ما يجري على لسانه كذا في الكافي وفي معناه قول الشراح اي يتكلم ويعقل ما يقول فقال اي الصبي انا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه فكان هو صاحب اليد وكان المدعي خارجا والقول قول صاحب اليد وهذا لان الاصل ان يكون لكل انسان يد على نفسه ابانة لمعنى الكرامة اذ كونه في يد غيره دليل الاهانة مع قيام يده على نفسه لا يثبت يد الغير عليه للتنافي بين اليدين الا اذا سقط اعتبار يده شرعا فحينئذ يعتبر يد الغير عليه وسقوط اعتبار يده قد يكون لعدم الاهلية بان كان غير المعبر عن نفسه اي لا يعقل ان يقول وقد يكون بثبوت الرق عليه لان الرق عبارة عن عجز حكمي واليد عبارة عن القدرة وبينهما تناف فاذا ثبت الرق انتفت القدرة كذا في الكافي ولو قال انا عبد لفلان اي لو قال الصبي الذي يعبر عن نفسه انا عبد لفلان غير ذي اليد وقال الذي في يده انه عبدي فهو عبد للذي في يده لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق فكان يد صاحب اليد عليه معتبرة شرعا فكان القول للذي اليد انه له ولا يقبل قوله انه لغيره لان شهادة العبد ليست بحجة كذا في الكافي فان قيل الاقرار بالرق من المضار لامحالة فيها واقوال الصبي فيها غير موجبة وان كان عاقلا كالطلاق والعتاق والهبة والاقرار بالدين فان الصبي ابدا يبعد من المضار ويقرب من المسار قلنا الرق ههنا لا يثبت باقراره بل بدعوى ذي اليد الا ان معارضته اياه بدعوى الحرية لا تبقى يده عليه عند عدمها يتقرر كما في الصبي الذي لا يعقل فيكون القول قوله في رقه كذا في الشرح وان كان اي الصبي لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها اي عن نفسه وهو بمنزلة متاع في ان لا يكون له يد على نفسه فكان يد صاحب اليد ثابتة عليه شرعا فيكون القول قوله انه ملكه بخلاف ما اذا كان يعبر اي بخلاف ما اذا كان الصبي يعبر عن نفسه ولم يقر بالرق لما مر فان قيل ما الفرق بين هذا وبين اللقيط الذي لا يعبر عن نفسه فان الملتقط هناك وهو صاحب اليد لو ادعى انه عبده لا يصدق وههنا يصدق قلنا الفرق هو ان صاحب اليد انما يصدق في دعوى الرق باعتبار يده ويد الملتقط على اللقيط ثابتة من وجه دون وجه لانها ثابتة حقيقة وليست بثابتة حكما لان الملتقط امين في اللقيط ويد الامين في الحكم يد غيره فاذا كانت ثابتة من وجه دون وجه فلا يصح دعواه مع الشك فان قيل وجب ان لا يصدق في دعوى الرق لان الحرية ثابتة بالاصل اذ الاصل في بني آدم الحرية لانهم اولاد آدم وحوا عليهما السلام وهما كانا حرين فكان ما يدعيه من الرق امرا عارضا فلا يقبل قوله الا بحجة قلنا ما هو الاصل اذا اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل واليد على من هذا شانه دليل على خلاف ذلك الاصل لانها دليل الملك فيبطل به ذلك الاصل كذا في النهاية وغيرها نقلا عن الفوائد الظهيرية فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره فلا ينقض الامر الثابت ظاهرا الا بحجة قال اي محمد رح في الجامع الصغير في كتاب القضاء واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه اي او هو متصل ببنائه ولآخر عليه اي على الحائط هرادي الهرادي بفتح الهاء جمع هروية بضمها وفي المغرب الهردية عن الليث قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم وقال ابن السكيت هو الحردي ولا يقال هردي انتهى وفي الصحاح الحردي من القصب نبطي معرب ولا يقال الهردي انتهى وصحح في الديوان الهاء والحاء جميعا وكذا في القاموس قال في غاية البيان رواية في الاصل والكافي للحاكم الشهيد بالحاء وفي الجامع الصغير وشرح الكافي وقعت بالهاء لا غير انتهى فهو اي الحائط لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال اي هو صاحب استعمال للحائط بوضع الجذوع عليه لان الحائط انما يبنى للتسقيف وذا بوضع الجذوع

والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولأحدهما حمل عليها وللآخر كوز معلق والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه على بعض هذا الحائط

عليه والآخر يعني صاحب الهرادي صاحب تعلق لا صاحب استعمال لأن الحائط لا يبنى لوضع الهرادي عليه والاستعمال يد وعند تعارض الدعويين القول قول صاحب اليد قوله فصار أي فصار الحائط في مسألتنا هذه كدابة تنازعا فيها ولأحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق فإنها تكون لصاحب الحمل دون صاحب الكوز كذا ههنا والمراد بالاتصال أي المراد بالاتصال المذكور في قوله أو متصل ببنائه مداخلة لبن جداره أي جدار صاحب البناء فيه أي في الحائط المتنازع فيه ولبن هذا أي مداخلة لبن هذا أي الحائط المتنازع فيه في جداره أي في جدار صاحب البناء وقد يسمى اتصال تربيع أي ويسمى اتصال مداخلة لبن اتصال تربيع وتفسير التربيع إذا كان الحائط من مدر أو آجر أن يكون أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في أنصاف لبن غير المتنازع فيه وأنصاف لبن غير المتنازع فيه داخلة في المتنازع فيه وإن كان من خشب فالتربيع أن يكون ساحة أحدهما مركبة في الأخرى وأما إذا ثقب فأدخل لا يكون تربيعا كذا في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الإسلام وفي النهاية وغيرها نقلا عن الذخيرة قال صدر الشريعة وإنما سمي هذا اتصال التربيع لأنهما إنما يبتنيان ليحيطا مع جدارين آخرين بمكان مربع انتهى وكان الكرخي يقول صفة هذا الاتصال أن يكون الحائط المتنازع فيه متصلا بحائطين لأحدهما من الجانبين جميعا والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير مربعا شبه القبة فحينئذ يكون الكل في حكم شيء واحد والمروي عن أبي يوسف رح أن اتصال جانبي الحائط المتنازع فيه بحائطين لأحدهما يكفي ولا يشترط اتصال الحائطين بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه وعليه أكثر مشايخنا لأن الرجحان إنما يكون بكون ملكه مختصا بالحائط المتنازع فيه من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبي الحائط المتنازع فيه كذا في شرح الكنز للإمام الزيلعي وفي شرح الهداية لتاج الشريعة وهذا أي اتصال التربيع شاهد ظاهر لصاحبه لأن بعض بنائه أي بعض بناء صاحبه على بعض هذا الحائط أي على بعض هذا الحائط المتنازع فيه فصار الكل في حكم حائط واحد وبهذا النوع من الاتصال وبعضه متفق عليه لأحدهما فيرد المختلف فيه إلى المتفق عليه ولأن الظاهر أنه هو الذي بناه مع حائطه فمداخلة أنصاف اللبن لا يتصور إلا عند بناء الحائطين معا فكان هو أولى كذا ذكره صاحب النهاية وعزاه إلى المبسوط أقول بقي لي ههنا كلام وهو أن المص رح حمل المراد بالاتصال المذكور في مسألتنا هذه على اتصال التربيع وتبعه في هذا عامة ثقات المتأخرين كصاحب الكافي والإمام الزيلعي وشراح الهداية قاطبة وغيرهم حتى أن كثيرا من أصحاب المتون صرحوا بتقييد الاتصال ههنا بالتربيع منهم صاحب الوقاية حيث قال والحائط لمن جذوعه عليه ومتصل بناؤه به اتصال تربيع لا لمن عليه هرادي انتهى ولكن لم يظهر لي وجه هذا التقييد ههنا لأن معنى مسألتنا هذه أن صاحب الجذوع أولى من صاحب الهرادي وكذا صاحب الاتصال أولى من صاحب الهرادي في الحكم بكون الحائط له أولى من صاحب الهرادي لا احتياج إلى تقييد الاتصال بالتربيع بل كل واحد من نوعي الاتصال أعني اتصال التربيع واتصال الملازقة مشتركان في هذا الحكم فإن الهرادي مما لا اعتبار له أصلا بل هي في حكم المعدوم حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه هرادي وليس للآخر شيء فهو بينهما على ما سيأتي في الكتاب وقد ذكر في معتبرات الفتاوى أنه إذا كان لأحدهما اتصال الملازقة ولم يكن للآخر اتصال ولا جذوع فهو لصاحب الاتصال قال في الذخيرة وذكر هذا أيضا في النهاية نقلا عن الذخيرة أما إذا كان الحائط المتنازع فيه متصلا ببنائهما إن كان اتصالهما اتصال تربيع أو اتصال ملازقة فإنه يقضى بينهما نصفين لأنهما استويا في الدعوى وفي الاتصال وأما إذا كان اتصال أحدهما اتصال تربيع واتصال الآخر اتصال ملازقة فصاحب التربيع أولى لأن صاحب التربيع مستعمل الحائط المتنازع فيه لأن قوام حائطه بقدر التربيع بالحائط المتنازع فيه لما ذكرنا من تفسير التربيع فكان لصاحب التربيع على ذلك التفسير مع الاتصال نوع استعمال وللآخر مجرد اتصال من غير استعمال فيكون الاتصال مع الاستعمال أولى فكان نظير الراكب على الدابة والمتعلق باللجام وإن كان لأحدهما اتصال بناء اتصال ملازقة واتصال تربيع وليس للآخر اتصال ولا له عليه جذوع فإنه يقضى لصاحب الاتصال لأنهما استويا في حق الاتصال بالأرض المملوكة ولأحدهما زيادة اتصال من خلاف الجنس الأول وهو الاتصال بالبناء فيترجح على الآخر انتهى وقال في البدائع ولو كان

وقوله الهرادي ليست بشئ لانه يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لهما اصلا حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما هرادي وليس للآخر عليه شئ فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منهما بعد الثلثة وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو لصاحب الثلثة وللآخر موضع جذعه في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبه ثم قيل ما بين الخشب الى الخشب بينهما وقيل على قدر خشبهما والقياس ان يكون بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة

الحائط متصلا ببناء احدى الدارين اتصال التزاق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لانه كالمتغير به ولو كان لاحدهما اتصال التزاق وللآخر جذوع فصاحب الجذوع اولى لانه مستعمل للحائط والاستعمال من صاحب الاتصال ولو كان لاحدهما اتصال تربيع وللآخر جذوع فالحائط لصاحب التربيع ولصاحب الجذوع حق وضع الجذوع انتهى فتلخص من هذا كله ان فائدة تقييد الاتصال بالتربيع انما تظهر لو كان للآخر اتصال ملازقة كما ذكر في الذخيرة واذا كان للآخر جذوع كما ذكر في البدائع واما اذا كان للآخر هرادي كما فيما نحن فيه فلا فائدة في ذلك التقييد بل فيه اخلال لعموم جواب المسألة كما تبين مما ذكرنا فتنبه فان كشف القناع عن وجه هذا المقام مما تفردت به بعون الملك العلام قوله والهرادي ليس بشئ اي قول محمد رح في الجامع الصغير الهرادي ليس بشئ لانه يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا بل هي في الحكم المعدوم وكذا البواري لان الحائط لا يبني اما اصلا اي ان الحائط لا يبني لاجل الهرادي والبواري لانه انما يبني للمستقيفة وذلك بوضع الجذوع عليه لا بوضع الهرادي مع البواري وانما يوضع الهرادي والبواري للاستظلال والحائط لا يبني عليه حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للآخر شئ فهو بينهما معناه اذا عرف كونه في ايديهما قضي بينهما قضاء ترك وان لم يعرف كونه في ايديهما وقد ادعى كل واحد منهما انه ملكه وفي يده يحلف كل منهما لانه لا منازع لهما لانه تقتضي بينهما كذا في العناية وكذا في النهاية نقلا عن الذخيرة ويعرف منه الفرق بين قضاء الترك والجعل في اليد لا قضاء كما ذهبنا عليه فيما مر فلا نغفل عنه ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة اي لو كان لكل واحد من المدعيين على الحائط جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوائهما اي في اصل العلة وهو ان يكون لكل واحد منهما حمل مقصود يبني الحائط لاجله وفي نصاب الحجة وهو الثلثة لانها اقل الجمع ولا معتبر اي ولا اعتبار بالاكثر منها اي من الجذوع بعد الثلثة لان الزيادة من جنس الحجة فان الحائط يبني للجذوع الثلثة كما يبني للاكثر منها قال في معراج الدراية قوله ولا معتبر بالاكثر منها اي من الثلثة اقول تفسيره ليس بسديد اما اولا فلانه يقتضي ان يكون كلمة من في قوله منها تفضيلية فيلزم اجتماع لام التعريف ومن التفضيلية في اسم التفضيل وهو لا يجوز على ما عرف في موضعه واما ثانيا فلانه يستلزم ان يكون قوله من الثلثة لغوا لان ما هو اكثر من الثلثة لا يكون الا بعد الثلثة فالصواب ان كلمة من ههنا تبيينية لا تفضيلية وان ضمير منها راجع الى الجذوع كما اشرنا اليه فيما مر آنفا لا الى الثلثة فيصير المعنى ولا اعتبار بالاكثر الكائن من جنس الجذوع بعد الثلثة فلا يلزم شئ من المحذورين المذكورين وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو اي الحائط كله لصاحب الثلثة وللآخر اي ولصاحب الجذع الواحد او الاثنين موضع جذعه في رواية وهي رواية كتاب الاقرار من الاصل حيث قال فيه الحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت خشبه قالوا يريد به حق الموضع وقال في النهاية ثم اعلم ان هذا فيما اذا ثبت ملكه بسبب العلامة وهي الجذوع الثلثة لا بالبينة اما اذا ثبت بالبينة كان لصاحب الملك ان يمنع صاحب الجذع الواحد من وضع جذعه على جداره كذا في المبسوط وغيره انتهى وفي رواية وهي رواية كتاب الدعوى من الاصل لكل واحد منهما ما تحت خشبه حيث قال فيه ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع وجعل في المحيط ما ذكر في كتاب الاقرار اصح وقال قاضيخان في الصحيح ان ذلك الموضع يكون ملكا لصاحب الخشبة كما ذكر في الدعوى كذا في التبيين للامام الزيلعي ثم قيل اي على هذه الرواية يعني اختلف المشائخ على رواية كتاب الدعوى في حكم ما بين الخشب فقيل ما بين الخشب بينهما اي يكون بين المدعيين نصفين لاستوائهما في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب ابيات على ما سنذكره وقيل على قدر خشبهما اي وقيل ما بين الخشب يكون على قدر خشبهما اعتبارا لما بين الخشبات بما هو تحت كل خشبة ثم ان هذين القولين موافقان لما ذكر في الذخيرة وقال في المبسوط في موضع القول الاول واكثرهم على انه يقضي به لصاحب الكثير لان الحائط مبني للخشاب لا للخشبة واحدة والقياس ان يكون بينهما نصفين هذا ناظر الى قوله فهو لصاحب الثلثة الى آخره يعني ان ذلك استحسان والقياس ان يكون الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الثلثة نصفين وهو رواية عن ابي حنيفة رح كما ذكر في الكافي وغيره لانه لا معتبر اي لا اعتبار بالكثرة في نفس الحجة

ووجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول ان الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فالاول اولى ويروى ان الثاني اولى وجه الاول ان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى ووجه الثاني ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله

يعني انهما استويا في اصل الاستعمال والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم لكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين ولم يجعلوا بينهما نصفين كذا في العناية وغيره ووجه الثاني يعني ان وجه الرواية الثانية وهي قوله لكل واحد منهما ما تحت خشبته ولكن ذكر الثاني اما بتاويل المصدر الذي هو الرواية بالنقل وان كما هو المشهور في نظائرها واما بتاويل الرواية بالنقل والقول ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته والاستحقاق بحسب الاستعمال قال بعض الفضلاء ولم يظهر منه جواب وجه القياس اقول نظير ذلك بالتامل فيه فان المراد ان الاستعمال من كل واحد مختص بقدر خشبته وهو ما تحت خشبته لا بعده والغير فلم يكونا مستعملين بشيء واحد مع زيادة الاستعمال في احدهما بل كان كل واحد مستعملا لما كان تحت خشبته فقط وكانت حجة كل واحد قائمة على غير ما قامت عليه حجة الآخر فلم يكن الامر من قبيل الترجيح بالكثرة في نفس الحجة لان هذا فيما اذا اتحد محل الحجتين يرشد اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال واما وجه رواية كتاب الدعوى ان الحائط اذا كان يستحق بوضع الجذع فذلك الموضع الذي هو مشغول بجذعه في يده حقيقة باعتبار الاستعمال وقد انعدم دليل الاستعمال في الباقي فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق في ذلك الموضع فصار هذا كالدار الواحدة اذا كان فيها احد عشر منزلا عشرة منها في يدي رجل وواحد في يدي رجل تنازعا في الدار فانه يقضي لكل واحد منهما بما في يده كذا ههنا انتهى ووجه الاول اي وجه الرواية الاولى وهي قوله فهو لصاحب الثلاثة وتذكير الاول لمثل ما ذكرناه في الثاني ان الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى بناء على ان الحائط يبنى للتسقيف والتسقيف لا يحصل بخشبة والخشبتين وانما يحصل بالخشبة والخشبتين اسطوانة او اسطوانتان فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع اي يبقى لصاحب الاقل حق وضع جذعه لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده يعني انا حكمنا بالحائط لصاحب الاكثر بالظاهر وهو يصلح حجة للدفع دون الاستحقاق فلا يستحق به لصاحب الاكثر يد صاحب الاقل حتى يرفع خشبته الموضوعة ومن الجائز ان يكون اصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع فان القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا ثم اعلم ان ما اختاره المصنف من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول بعض المشايخ باعتبار ان التسقيف بهما نادر كجذع واحد وقال بعضهم الخشبتان بمنزلة الثلث لامكان التسقيف بهما كذا في العناية وغيرها ولو كان لاحدهما اتصال وللآخر جذوع وفي بعض النسخ لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فعلى الاول وقع في الدليل وجه الاول وعلى الثانية وقع فيه وجه الثاني كذا في العناية وقال صاحب النهاية ومن يقيد وحذقه من الشراح ما في النسخة الاولى هو الصحيح ليكون الدليل موافقا للمدعى وما في الثانية ليس بصحيح لان الدليل لا يوافق ذلك الترتيب لكنا نهم لم يعيلوا الى نسخة وقع في ذكر الدليل فيها وجه الثاني فتتبع فالاول اولى ويروى ان الثاني اولى وجه الاول ان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى لانه المقصود باليد كذا في الكافي ولان التصرف لا يكون بدون اليد واليدان اذا تعارضتا سلم التصرف عن المعارض فصلح مرجحا كذا في شرح تاج الشريعة ورجح هذه الرواية شمس الائمة السرخسي ووجه الاول في بعض النسخ وجه الثاني وذلك ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله اقول يرد عليه منع قوله ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء له بكله لجواز ان يقضي ببعض الشيء الواحد لرجل وببعضه الآخر لرجل آخر لا بالتجزية ان قبل القسمة او بالشيوع ان لم يقبلها كما كيف ولو اثبت صاحب الجذوع بالبينة كون الحائط المتنازع فيه ملكه قضي له به بلا شبهة مع بقاء الحائط الآخر في ملك صاحب الاتصال فلو تمت الملازمة لما جاز هذا القضاء وكان صاحب العناية تنبه لهذا وقيد قوله فعلل قول المصنف ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله لقوله لعدم القائل بالاشتراك ولكن يرد عليه ايضا انه ان اراد لعدم القائل بالاشتراك عند القائل به من المتنازعين فهو مسلم لان صاحب الجذوع قائل به فانه يدعي ان الحائط المتنازع فيه له ويعترف بان الحائط الآخر المتصل به لصاحب الاتصال فيه البناء المركب من هذين الحائطين مشترك بينهما عنده وان اراد بذلك عدم القائل به من المجتهدين فهو ايضا ممنوع فان من يقول بكون الحائط المتنازع فيه لصاحب الجذوع على ما هو موجب احدى الروايتين يقول بكون البناء المركب من هذا الحائط

ثم بقي للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني **قال** وإذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات وفي يد آخر بيت فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها **قال** وإذا ادعى الرجلان أرضا يعني يدعي كل واحد منهما أنها في يده لم يقض أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما لأن اليد فيها غير مشاهدة لتعذر إحضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته

والحائط المتصل به مشتركا بين صاحب الجذوع وصاحب الاتصال قطعا ثم بقي للآخر حق وضع جذوعه أي على رواية أن الحائط المتنازع فيه لصاحب الاتصال لما قلنا إشارة إلى قوله لأن الظاهر ليس بحجة في الاستحقاق بل هي حجة في الدفع والاستحقاق حتى قالوا لو ثبت ذلك بالبينة أمر برفع الجذوع لكون البينة حجة مطلقة صالحة للدفع والاستحقاق وهذه أي رواية أن صاحب الاتصال أولى رواية الطحاوي وصححها الجرجاني وهو الفقيه أبو عبد الله المرشد ورجحها بما سبق لأن التربيع يكون حالة البناء وهو سابق على وضع الجذوع وكان بيده ثابتا قبل وضع الآخر الجذوع فصار نظير سبق التاريخ كذا ذكره الإمام الزيلعي في التبيين ثم اعلم أن الاتصال الذي وقع الاختلاف في ترجيح صاحبه على صاحب الجذوع أو على العكس هو الاتصال الذي وقع في أحد طرفي الحائط المتنازع فيه وأما إذا وقع اتصال التربيع في طرفيه فصاحب الاتصال أولى وعلى هذا عامة المشائخ كذا في النهاية نقلا عن الفوائد الظهيرية وقال في الذخيرة وإن كان الاتصال في طرف واحد ذكر شيخ الإسلام أن صاحب الاتصال أولى وبه أخذ الطحاوي والشيخ الفقيه أبو عبد الله المرشد وذكر شمس الأئمة السرخسي أن صاحب الجذوع أولى وقال فيما قبل هذا فإن كان الاتصال في طرفي الحائط المتنازع فيه فصاحب الاتصال أولى به وعليه عامة المشائخ وهكذا روي عن أبي يوسف رحمه الله في الأمالي كذا في النهاية وغيرها قال أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير وإذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات وفي يد الآخر بيت فالساحة بالحاء المهملة وهي عرصة الدار وبين يديها كذا في معراج الدراية بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها أي استعمال الساحة وهو المرور فيها ووضع الأمتعة وصب الوضوء وكسر الحطب وما أشبه ذلك فلما كانا في ذلك سواء كانا في استحقاق الساحة أيضا سواء ولعل مرور صاحب القليل أكثر من مرور صاحب الكثير لأنه صاحب الكثير وكون صاحب القليل ولاجا وخراجا على أن الترجيح لا يقع بكثرة ما هو من جنس العلة وصار هذا كالطريق يستوي فيه صاحب الدار والمنزل والبيت وإن كان بعضها أكثر من بعض وهذا لأن الاستحقاق باعتبار أصل اليد كذا في النهاية ومعراج الدراية أخذا من الكافي وطولب بالفرق بين ما إذا تنازعا في ثوب في يد أحدهما جميع الثوب وفي يد الآخر منه هدبة حيث يقضى لصاحب الهدب وما إذا تنازعا في مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الأراضي وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة وأجيب بأن الهدب ليس بثوب لكون الثوب اسما للمنسوج فكان جميع المدعى في يد أحدهما والآخر كالأجنبي عنه بخلاف ما نحن فيه والشرب يحتاج إليه الأراضي دون الأرباب فبكثرة الأراضي كثر الاحتياج إلى الشرب فيستدل به على كثرة حق له فيه وأما في الساحة فالاحتياج للأرباب وهما فيه سواء فاستويا في الاستحقاق فصار هذا نظير تنازعهما في سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار كذا في النهاية وإلى هذا أشار الإمام المحبوبي والإمام التمرتاشي كما صرح به في النهاية ومعراج الدراية قال أي محمد رحمه الله في كتاب القضاء من الجامع الصغير وإذا ادعى الرجلان أرضا يعني يدعي كل واحد منهما أنها في يده لم يقض أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما أقول في عبارة الكتاب ههنا مسامحة وكان الظاهر أن يقال حتى يقيم البينة أنها في يده لأن القضاء بأنها في يد واحد منهما إنما يتوقف على إقامة واحد منهما البينة أنها في يده لا على إقامتهما البينة أنها في أيديهما وإنما المتوقف عليها القضاء بأنها في أيديهما معا كما ستعرف [illegible] من التفصيل الآتي في الكتاب ولقد أحسن صاحب الكافي ههنا حيث قال لم يقض أنها في يد أحدهما إلا بالبينة انتهى فإن هذه الكلمة جامعة ههنا لأن اليد فيها أي في الأرض غير مشاهدة لتعذر إحضارها فقد غاب عن علم القاضي وما غاب عن علم القاضي أي والذي غاب عن علمه فالبينة تثبته فلا بد من إقامة البينة عليه حتى يمكن القضاء به ولأنه جاز أن تكون في يد غيرهما ولو قضى لهما أو لأحدهما باليد لأبطل حق صاحب اليد بلا حجة وإنه لا يجوز كذا في الكافي قال في الفوائد الظهيرية ههنا مسئلة تغفل عنها القضاة وهي أنه لو ادعى أرضا والمدعى عليه يزعم أنها في يده وأقام المدعي بينة على الملك فالقاضي لا يقضي ببينة لجواز أن تكون الأرض في يد ثالث والمدعي والمدعى عليه تواضعا على ذلك فهذه حيلة ليجعلها القاضي في يديهما [illegible] فما لم يثبت كون الأرض في يد [illegible] طلب البينة لا يقضي إلا أنه يمنع المتعرض [illegible]

وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة لان اليد حق مقصود وان اقاما البينة جعلت في ايديهما لما بينا فلا تستحق لاحدهما من غير حجة وان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها

باب دعوى النسب

قال واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وامه ام ولد له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رح دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا

فيما الان باقراره حجة في حقه كذا في معراج الدراية وان اقام احدهما البينة اي على انها في يده جعلت في يده لقيام الحجة ويجعل الآخر خارجا كذا في الكافي وغيره فان قيل البينة لقيام على الخصم واذا لم يثبت كونها في يد الآخر لا يكون خصما فكيف يقضى للذي اقام البينة قلنا هو خصم باعتبار منازعته في اليد ومن كان خصما باعتبار منازعته في شيء شرعا كانت بينته مقبولة كذا في عامة الشروح وقال صاحب العناية وقد اشار الى ذلك بقوله لان اليد حق مقصود يعني فيجوز ان يكون عليه خصما انتهى وان اقاما البينة اي على انها في ايديهما جعلت في ايديهما لما بينا اشارة الى قوله لقيام الحجة وذكر الامام التمرتاشي فان طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض لهما باليد ويبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار الى ان يظهر حقيقة الحال وان نكلا قضى لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل احدهما فقضي عليه بكلها للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان بيد صاحبه لنكوله كذا في الشروح فلا تستحق بصيغة المجهول اي فلا تستحق اليد لاحدهما من غير حجة قال بعض الفضلاء لا يخفى عليك ان هذا الكلام في غير محله اقول انما يكون كذلك لو كان متفرعا على قوله وان اقاما البينة الخ اذ لا ارتباط بينهما او على قوله لان اليد حق مقصود اذ يلزم الفصل بينهما باجنبي واما اذا كان متفرعا على مجموع ما ذكر في مسئلتنا هذه من قوله واذا ادعى الرجلان ارضا الى ههنا بان كان فذلكة الكلام في هذا المقام فقد كان في محله كما لا يخفى فان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر يعني اذا ادعى كل واحد منهما ارضا شجرا انها في يده واحدهما لبن فيها او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال ومن ضرورة ذلك اثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس في الثياب كذا ذكره فخر الاسلام

باب دعوى النسب لما فرغ عن بيان دعوى الاموال شرع في بيان دعوى النسب وقدم الاول لانه اكثر وقوعا وكان اهم ذكرا قال اي القدوري في مختصره واذا باع جارية بولد فادعاه البائع اعلم ان صاحب العناية قصد بيان ضابطة جنس هذه المسائل في ابتداء الكلام اخذا من غاية البيان اعلم ان البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة او المشتري فاما ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين او لما بين المدتين وكل وجه على اربعة اوجه اما ان ادعى البائع وحده او المشتري وحده او ادعياه معا او على التعاقب انتهى اقول يرى فيه اختلال من وجهين الاول انه قسم دعوى البائع او المشتري ولد الجارية المبيعة الى ثلثة اوجه وهي ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين او لما بين المدتين وقسم كل وجه منها الى اربعة اوجه وهي ان ادعى البائع وحده او المشتري وحده او ادعيا معا او على التعاقب فيلزم منه ان يكون الشيء قسم قسيمه حيث جعل دعوى البائع او المشتري مقسما ثم جعله قسما من كل واحد من اقسامه الثلثة والثاني ان كلمة او الداخلة على المشتري في قوله ان البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة او المشتري تابى دخول ادعائهما معا او على التعاقب في المقسم فكيف يجعل هذان الوجهان داخلين في اقسامه ويمكن ان يجاب عن الاول بان المقسم ادعى البائع او المشتري مطلقا اي اعم من ان ادعى احدهما منفردا ومن ان ادعى منضما الى الآخر بالمعية او التعاقب وقسم القسم هو ادعى احدهما وحده او ادعاءهما معا او على التعاقب فتكون قسيم المقسم اخص من المقسم لا عينه وعن الثاني بان يجعل كلمة او المذكورة على منع الخلو دون منع الجمع الاولى عندي في بيان الضابطة ههنا ان يقال اعلم ان الجارية اذا بيعت فجاءت بولد فاما ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين او لما بين المدتين وكل وجه من الاوجه الثلثة على اربعة اوجه اما ان ادعى ذلك الولد البائع وحده او المشتري وحده او ادعياه معا او على التعاقب فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع وقد ادعاه البائع وحده كما مر في الكتاب فهو اي الولد ابن البائع وامه اي ام الولد ام ولد له اي للبائع وفي القياس وهو قول زفر رح والشافعي رح دعوته اي دعوة البائع باطلة لان البيع اعتراف منه اي من البائع بانه اي الولد عبد فكان اي البائع في دعواه مناقضا والتناقض يبطل الدعوى فلا تسمع دعواه

ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا و ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد لا يجوز ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع او بعده فدعوة البائع اولى لانها اسبق لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم يصح دعوة البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه

اما لو قال كنت اعتقتها او دبرتها قبل ان ابيعها ولا نسب بدون الدعوى اي ولا ثبوت النسب بدون الدعوى الصحيحة وجه الاستحسان اي وجه الاستحسان الذي تعمل به في هذه المسألة ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه يعني انا تيقنا باتصال العلوق بملك البائع وهذا شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع لان الظاهر عدم الزنا فنزل ذلك منزلة البينة في ابطال حق الغير عنها وعن ولدها ومبنى النسب على الخفاء هذا جواب عن التناقض وبيانه ان الانسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين انه منه فيعفى فيه التناقض اي لا يمنع صحة الدعوى كما ان الزوج اذا اكذب نفسه بعد قضاء القاضي بنفي النسب باللعان يثبت منه النسب ويبطل حكم الحاكم ولا ينظر الى التناقض لمكان الخفاء في امر العلوق وصار كالمكاتب اذا اقام البينة ان مولاه كان اعتقه قبل الكتابة فانه تقبل بينته وتبطل الكتابة ولا يعتبر التناقض لخفاء الاعتاق حيث ينفرد المولى به وكالمختلعة اذا اقامت البينة ان الزوج كان طلقها ثلثا قبل الخلع فان بينتها تقبل مع التناقض لخفاء الطلاق حيث ينفرد الزوج به بخلاف دعوى البائع الاعتاق او التدبير بعد البيع فان كل واحد من الاعتاق والتدبير فعل نفسه فلا يخفى عليه كذا حققوا واذا صحت الدعوى استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد لا يجوز ويرد الثمن اي وان كان منقودا لانه قبضه بغير حق فان سلامة الثمن مبنية على سلامة المبيع كذا في الكافي وان ادعاه المشتري وحده صحت دعوته وثبت النسب منه لان دعوته دعوة تحرير والمشتري يصح منه التحرير فكذا دعوته لحاجة الولد الى النسب والى الحرية ويثبت لها امية الولد باقراره ثم لا تقبل البائع دعوته لان الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول صحة التحرير من المشتري ظاهرة لان الجارية مملوكته في الحال فيملك اعتاقها واعتاق ولدها كما صرح به في النهاية وغيرها واما صحة دعوته لحاجة الولد الى النسب فمشكلة لما مر في وجه الاستحسان من انا تيقنا باتصال العلوق بملك البائع شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع فان مجرد حاجة الولد الى النسب كيف تفيد ثبوت النسب من المشتري عند تحقق الشهادة الظاهرة على خلاف ذلك ويمكن ان يجاب بان تيقنا باتصال العلوق بملك البائع انما يكون شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع اذا ادعاه البائع واما اذا لم يدعه البائع فلا لجواز ان يكون الولد من غيره بالنكاح فاذا ادعاه المشتري وحده يحمل على كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء لحاجة الولد الى النسب فصارت علة صحة دعوة المشتري وثبوت النسب منه في هذه الصورة حاجة الولد الى النسب مع امكان كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء ويؤيد هذا ما ذكره صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال حتى لو ادعى المشتري قبل دعوة البائع يثبت النسب من المشتري ويحمل على ان المشتري نكحها واستولدها ثم اشتراها انتهى وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع او بعده اي بعد دعوة البائع ذكر الضمير بتاويل الادعاء فدعوة البائع اولى لانها اسبق اما اذا كانت قبل دعوة المشتري فالامر ظاهر واما اذا كانت مع دعوة المشتري فلما اشار اليه بقوله لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد يعني ان دعوة البائع مستندة الى وقت العلوق لانها دعوة استيلاد ودعوة المشتري مقتصرة على الحال لانها دعوة تحرير فكانت دعوة البائع سابقة معنى فكانت اولى ثم انه ضمن قوله وهذه دعوة استيلاد الجواب عن دخل مقدر تقريره كيف تصح دعوة البائع وهو غير مالك في الحال ووجه الجواب ان دعوته دعوة استيلاد وهي لا تقتضي الى قيام الملك في الحال لانها تستند الى زمان الملك بخلاف دعوة التحرير على ما يجيء وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم يصح دعوة البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة يعني ان الشاهد على كون الولد منه انما هو اتصال العلوق بملكه تيقنا ولم يوجد ذلك ههنا فلم يصح دعوته الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لامره على الصلاح وقول المشتري على الصدق ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق اي للولد ولا حقه اي ولا يثبت حق العتق وهو امومية الولد للام فيبقى الولد عبدا للمشتري ولا تصير الام ام ولد للبائع كما اذا ادعاه اجنبي

لعبارن

وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه الا ان يصدقه المشتري لانه احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلابد من تصديقه واذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد له كما في المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك **قال** فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب في الولد واخذه البائع لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبع وانما كان الولد اصلا لانها تضاف اليه يقال ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية

آخر كذا في الكافي وغيره وهذه اي دعوة البائع ههنا دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله اي ليس من اهل التحرير والبائع ليس بمالك فلا يصح دعوة التحرير منه اعلم ان الدعوة نوعان دعوة استيلاد ودعوة تحرير فدعوة الاستيلاد هي ان يكون علوق المدعى في ملك المدعي وهذه الدعوى تستند الى وقت العلوق وتتضمن الاقرار بالوطي فيتبين انه علق حرا ودعوة التحرير ان يكون علوق المدعى في غير ملك المدعي وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الاقرار بالوطي لعدم تصور الاستيلاد لعدم الملك وقت العلوق كذا في البدائع وان ادعاه المشتري وحده في هذا الوجه صحت دعوته وان ادعياه معا او متعاقبا صح دعوة المشتري دون البائع لانه كالاجنبي كذا في العناية وغيرها وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه اي في هذا الوجه الا ان يصدقه المشتري لانه احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه اي في ملك البائع فلم توجد الحجة وهي اتصال العلوق بملكه تيقنا فلابد من تصديقه اي من تصديق المشتري اياه واذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد كما في المسئلة الاولى وهي ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك وان ادعاه المشتري وحده في هذه الوجه صح دعوته لان دعوته صحيح حالة الانفراد وفيما لا يحتمل العلوق في ملكه ففيما يحتمله اولى ويكون دعوته دعوة استيلاد حتى يكون الولد حر الاصل ولا يكون له ولا على الولد لان العلوق في ملكه ممكن وان ادعياه معا او متعاقبا فالمشتري اولى لان البائع في هذه الحالة كالاجنبي وهذا الذي ذكرناه اذا كانت مدة الولادة بعد البيع معلومة اما اذا لم يعلم انها جاءت بالولد لاقل من اقل مدة الحمل او لاكثر من اكثرها او لما بينهما فالمسئلة على اربعة اوجه ايضا فان ادعاه البائع وحده لا يصح دعوته الا ان يصدقه المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه وان ادعاه المشتري وحده صح دعوته لان اكثر ما في الباب كون العلوق في ملك البائع بان جاءت به لاقل من ستة اشهر ولكن هذا لا يمنع دعوة المشتري وان ادعياه معا لم يصح دعوة واحد منهما ويكون الولد عبدا للمشتري لانها ان جاءت به لاقل المدة كان النسب للبائع وان جاءت به لاكثر من اقل المدة كان النسب للمشتري فوقع الشك في ثبوته فلا تثبت وان ادعياه متعاقبا فان سبق المشتري صحت دعوته وان سبق البائع لم يصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما كذا في غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده وكذا في العناية قال في الكافي ولو تنازعا فالبينة للمشتري اي اذا باع امة فولدت عند المشتري فقال البائع بعتها منك منذ شهر والولد مني وقال المشتري بعتها مني لاكثر من ستة اشهر والولد ليس منك فالقول للمشتري بالاتفاق لان البائع يدعي انتقاض البيع والمشتري ينكر فان اقاما البينة فالبينة للمشتري ايضا عند ابي يوسف رح لانه اثبت زيادة مدة في الشراء وعند محمد رح البينة للبائع لانه يثبت نسب الولد واستيلاد الامة وانتقاض البيع فكان اكثر اثباتا انتهى فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر اي والحال انها جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله لانها اي لان الام تابعة للولد اي في هذا الباب على ما يجيء بيانه ولم يثبت نسبه اي نسب الولد بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك اي لعدم حاجة الولد الى النسب بعد الموت فلا يتبعه استيلاد الام لعدم تصور ثبوت الحكم في التبع بدون ثبوته في المتبوع وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب في الولد واخذه البائع هذا ايضا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبع يعني ان الولد لما كان هو الاصل كان المعتبر بقاءه لحاجته الى ثبوت النسب لا بقاء الام فلا يضره فوات التبع لان تعذر الفرع لا يبطل الاصل بخلاف العكس وانما كان الولد اصلا لانها اي لان الام تضاف اليه اي الى الولد حيث يقال ام الولد والاضافة الى الشيء امارة اصالة المضاف اليه وتستفيد الحرية من جهته عطف على تضاف اليه اي وتستفيد الام الحرية من جهة الولد لقوله عليه السلام اعتقها ولدها قال ذلك حين قيل له قد ولدت مارية القبطية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم الا تعتقها والثابت لها اي ولان الثابت للام حق الحرية وهو اموميته

ولده حقيقتها والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة رح وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين انه باع ام ولده ومالتيها غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها قال وفي الجامع الصغير واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري اعتق الولد فدعوته باطلة ووجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على مامر وفي الوجه الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد وليس من ضروراته كما في ولد المغرور فانه حر وامه امة لمولاها وكما في المستولدة بالنكاح

الولد وله اي والثابت للولد حقيقتها اي حقيقة الحرية والادنى يتبع الاعلى دائما دون العكس فحق الحرية الذي هو الادنى تتبع حقيقة الحرية التي هي الاعلى دون العكس ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام وهذا من تمام لفظ القدوري الذي ذكر فيما مر آنفا قال المصنف لانه تبين انه باع ام ولده اي تبين بثبوت نسب الولد من البائع انه باع ام ولده وبيعها باطل ومالتيها اي ولكن مالية ام الولد غير متقومة عنده اي عند ابي حنيفة رح في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما اي عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله متقومة فيضمنها اي فيضمنها المشتري فاذا رد الولد دونها يجب على البائع رد حصة ما سلم له وهو الولد كيلا يجتمع البدل والمبدل ولا يجب عليه رد ما لم يسلم له وهي الام قال الامام الزيلعي رح في التبيين بعد ما بين المقام بهذا المنوال هكذا ذكروا الحكم في قولهما وكان ينبغي ان يرد البائع جميع الثمن عندهما ايضا ثم يرجع بقيمة الام لانه لما ثبت نسب الولد منه تبين انه باع ام ولده وبيع ام الولد غير صحيح بالاجماع فلا يجب فيه الثمن ولا يكون لاجل المبيع منه حصة بل يجب على كل واحد من المتعاقدين رد ما قبضه ان كان باقيا والا فبدله انتهى فتأمل وفي الجامع الصغير ذكر رواية الجامع الصغير اعلاما بان حكم الاعتاق فيما نحن فيه حكم الموت واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه اي فالولد ابن البائع يرد عليه بحصته من الثمن اي يرد على البائع بحصة الولد من الثمن الذي كان نقده البائع فيقسم الثمن على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الولد يوم الولادة فما اصاب الام يلزم المشتري وما اصاب الولد سقط عنه ولا تصير الجارية ام ولد للبائع لانه ثبت فيها للمشتري ما لا يحتمل الابطال وهو الولاء كذا في الشروح وسائر المعتبرات ولو كان المشتري انما اعتق الولد فدعوته اي دعوة البائع باطلة اي اذا لم يصدقه المشتري في دعواه كذا في الشروح ووجه الفرق انما ذكره استظهارا اذ قد كان معلوما من مسئلة الموت ان الاصل في هذا الباب الولد قال صاحب النهاية اي الاصل في باب ثبوت حق العتق للام بطريق الاستيلاد وهو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب انتهى وقد اقتفى اثره في هذا التفسير صاحب معراج الدراية وصاحب العناية اقول لا يخفى ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ والمعنى فالاوجه في التفسير ان يقال اي الاصل في باب الدعوة والاستيلاد هو الولد والام تابعة له على مامر في مسئلة الموت آنفا وفي الفصل الاول وهو ما اذا ادعى البائع الولد وقد اعتق المشتري الام وفي بعض النسخ وفي الوجه الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو اي المانع منهما العتق في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته اي ثبوت ما ذكره من الدعوة والاستيلاد في الاصل وهو الولد لان امتناع الحكم في التبع لا يوجب امتناعه في الاصل فان قيل اذا لم يمتنع ثبوت الدعوة والاستيلاد للبائع في الولد ثبت نسب الولد من البائع لكون العلوق في ملكه بيقين لان الكلام فيما اذا حبلت الجارية في ملك البائع ومن حكم ثبوت نسب الولد صيرورة امه ام ولد للبائع فينبغي ان يبطل البيع واعتاق المشتري اجاب بقوله وليس من ضروراته اي وليس ثبوت الاستيلاد في حق الام من ضرورات ثبوت نسب الولد وحريته يعني ان ذلك وان كان من احكامه الا انه ليس من ضروراته بحيث لا ينفصل عنه لجواز انفكاكه عنه كما في ولد المغرور وهو ولد من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق كذا ذكره المصنف فيما سيجئ في آخر هذا الباب فانه اي ولد المغرور حر اي حر الاصل ثابت النسب من المستولد وامه امة لمولاها فلا تصير ام ولد للمستولد بل يكون رقيقة حتى تباع في السوق وكما في المستولدة بالنكاح يعني اذا تزوج جارية الغير فولدت له يثبت نسب الولد ولا يثبت امية الولد كذا في غاية البيان ويطابقه ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وكما في المستولدة بالنكاح فانه اذا استولد امة الغير بنكاح يثبت نسبه ولا تصير الامة ام ولده انتهى وكذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال كمن استولد جارية الغير بالنكاح يثبت نسب الولد منه ولا تصير الجارية ام ولد له للحال الا ان يملكها بوجه من الوجوه وقال صاحب النهاية والغاية في شرح قول المصنف وكما في المستولدة بالنكاح بان تزوج امرأة على انها حرة فولدت فاذا هي امة انتهى اقول هذا المعنى ههنا غير صحيح لان الصورة

وفي الفصل الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض كحق استحقاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه

التي ذكرها قسم من قسمي ولد المغرور كما سيظهر مما ذكره المصنف في آخر هذا الباب وسنبهت عليه فيما مر آنفا فلا وجه لان يذكرها المصنف في مقابلة ولد المغرور كما لا يخفى فان قلت ان صاحبي النهاية والعناية فسرا ولد المغرور في قول المصنف رحمه الله كما في ولد المغرور بقولهما وهو ما اذا اشترى الرجل امة من رجل يزعم انها ملكه فاستولدها ثم استحقت انتهى فيحتمل ان يكون المراد بولد المغرور في كلام المصنف احد قسميه وهو ما حصل بالاعتماد على ملك اليمين وبالمذكور في مقابلته قسمه الآخر وهو ما حصل بالاعتماد على ملك النكاح فلا محذور قلت ذلك التفسير منهما تقصير آخر فانه مع كونه تقييد الكلام المطلق بلا مقتضي له مؤد الى تقليل الامثلة في مقام تطبيق فيه التكثير فلا يندفع به المحذور بل يتاكد وفي الفصل الثاني وهو ما اذا اعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته اي ثبوت ما ذكر من الدعوة والاستيلاد فيه اي في الاصل وفي التبع لان امتناع الحكم في الاصل يوجب امتناعه في التبع ايضا وانما كان الاعتاق مانعا قال متقدمو الشراح اي وانما كان اعتاق المشتري الولد مانعا لدعوة البائع اياه فقال صاحب العناية اخذا منهم قوله وانما كان الاعتاق مانعا بيان لمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع انتهى اقول بل هذا بيان لمانعية عتق الام عن ثبوت الاستيلاد في حقها بدعوة البائع ولمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب في حقه بدعوة البائع ايضا والمعنى انما كان اعتاق المشتري الام او الولد مانعا عن دعوة الاستيلاد او دعوة النسب فيشتمل الفصلين معا كما ينادي عليه عبارات المصنف في اثناء البيان على ما ترى وفيما ذهب اليه الشراح تخصيص البيان بالفصل الثاني وهو تقصير في حق المقام وشرح الكلام لانه اي لان الاعتاق لا يحتمل النقض كحق استحقاق الولد وحق الاستيلاد يعني ان الاعتاق من المشتري كحق استحقاق النسب من البائع في الولد وحق الاستيلاد من البائع في الام في ان كل واحد منها لا يحتمل النقض فاستويا اي استوى اعتاق المشتري وحق البائع استحقاقا واستيلادا من هذا الوجه اي من حيث انهما لا يحتملان النقض فليس لفعل احدهما ترجيح على فعل الآخر من هذا الوجه قال صاحب العناية وعورض بما اذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لاقل من ستة اشهر فاعتق المشتري احدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشتري وذلك نقض العتق كما ترى واجيب بان التوامين في حكم ولد واحد فمن ضرورة ثبوت نسب واحد منهما والحكم بصيرورته حر الاصل ثبوت النسب للآخر ولقائل ان يقول اذا كان كذلك وقد ثبت العتق في احدهما فمن ضرورة ثبوت العتق في احدهما ثبوته في الآخر والا لزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والفرض خلافه ويمكن ان يجاب عنه بانه ان ثبت العتق في الآخر لزمه ضمان قيمته وفي ذلك ضرر زائد انتهى اقول السؤال الاول وجوابه مما ذكره بعض الشراح ايضا ولهما وجه وجيه واما السؤال الثاني وجوابه فمن مخترعاته وليسا بشيء اما السؤال فلان مراد المجيب عن السؤال الاول ان التوامين في حكم ولد واحد في باب النسب بناء على ان مدار النسب على العلوق وعلوقهما واحد لكونهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر وليس مراده انهما في حكم ولد واحد في جميع الاحوال حتى يتوجه السؤال كيف ومدار العتق على الرقبة ولا شك ان رقبتهما متغايرتان فما يترتب على احدهما لا يلزم ان يترتب على الآخر كما لا يخفى واما الجواب فلانه ان اراد انه ان ثبت العتق في الآخر لزم الآخر ضمان قيمته كما اذا اعتق المولى بعض عبده على قول ابي حنيفة رح حيث يلزم العبد عنده ضمان قيمة بعضه الآخر اي السعاية في بقية قيمته لمولاه فلا نسلم ان في ذلك ضررا زائدا اذ الضمان في مقابلة العتق لا يعد ضررا اصلا ولو سلم ذلك فيعارض بالنسب لانه اذا ثبت النسب في الآخر لزم البائع ضمان ثمنه اي رد حصته من الثمن على المشتري فيلزم ان يتحقق هناك ايضا ضرر زائد وان اراد انه ان ثبت العتق في الآخر لزم المشتري ضمان قيمته اي اتلاف قيمته فتعارض بالنسب ايضا قطعا فانه اذا ثبت النسب في الآخر لزم البائع ضمان حصته من الثمن كما يلزم المشتري على تقدير ثبوت العتق في الآخر ضمان قيمته فيلزم ان يتحقق هناك ايضا ضرر زائد فلا يتصور الترجيح في صورة التوامين ايضا والفرض خلافه ثم اقول بدل السؤال الثاني وجوابه ولقائل ان يقول اذا كان الحكم

٢٠

ثم الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وقوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت قال ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لان البيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لاجله وكذا اذا كاتب الولد او رهنه او آجره او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض

في القوانين كذلك كان عتق المشتري مما يحتمل النقض وهو المطلوب والغرض خلافه ويمكن ان يجاب عنه بان مرادنا من قولنا العتق لا يحتمل النقض انه لا يحتمله قصدا واللازم في مسألة القوانين احتماله النقض ضمنا وكم من شيء لا يثبت قصدا ويثبت ضمنا وسيجيء في الكتاب هذا الفرق بين المسألتين ثم ان صاحب العناية قال بعد ما سبق من سؤاله الثاني وجوابه فان عورض بان البائع اذا ادعى النسب في الذي عنده كان ذلك سعيا في نقض ما تم من جهته اجيب بانه غير مقصود فلا معتبر به انتهى اقول فيعارض بان الضرر الزائد الذي يلزم على تقدير ثبوت العتق في الآخر غير مقصود ايضا فلا معتبر به ايضا فلا يخلو الجواب عن معارضة قوله ثم الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق يريد بيان رجحان ما في جانب المشتري الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة لان الحقيقة اقوى من الحق قال صاحب العناية ونوقض بالمالك القديم مع المشتري من العدو فان المالك القديم ياخذه بالقيمة وان كان له حق الملك وللمشتري حقيقته واجيب بانه ليس ترجيح بل هو جمع بينهما وفيه نظر لان الغرض ان الحقيقة اولى فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ويمكن ان يجاب عنه بان هذه الحقيقة فيها شبهة لان بناءها على تملك اهل الحرب ما استولوا عليه من اموالنا [illegible] وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقائق فقلنا ياخذه بالقيمة جمعا بينهما انتهى اقول النقض مع جوابه مما ذكره الشارح تاج الشريعة قولها صحيح واما النظر مع جوابه فمن عند نفسه وليسا بصحيحين اما النظر فلانا لا نسلم ان مجرد الجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح الا يرى انا نجمع بين الفرائض والواجبات والمستحبات في العمل مع تقرر تفاوت الرجحان لبعض على البعض بحاله وانما يظهر اثر الرجحان عند تعارض الراجح والمرجوح بان لا يمكن العمل بهما والجمع بينهما كما لا يخفى واما الجواب فلان المجتهد بخلافنا في مسألة تملك اهل الحرب ما استولوا عليه من اموالنا [illegible] هو الشافعي رح وهو متأخر الزمان عن اجتهاد ائمتنا فكيف يوقع اجتهاده شبهة فيما اجتهدوا فيه حتى تنحط به هذه الحقيقة من رتبة الحقائق عند ائمتنا فيصح بناء الجواب عليه قوله والتدبير بمنزلة الاعتاق اي في الحكم المذكور وكذا الاستيلاد بمنزلته في ذلك الحكم على ما صرح به صاحبا النهاية ومعراج الدراية في صدر مسألتنا هذه نقلا عن الامام التمرتاشي لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وهو عدم جواز النقل من ملك الى ملك قوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما يعني ان ما ذكر في الجامع الصغير من قوله فقد عتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن هو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وعنده اي عند ابي حنيفة رح يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت قوله هو الصحيح احتراز عما ذكره شمس الائمة في المبسوط والامام قاضيخان والامام المحبوبي في الجامع الصغير انه يرد ما يخص الولد من الثمن لا بكل الثمن عند ابي حنيفة رح ايضا بخلاف فصل الموت وذكروا الفرق بينهما بان في الاعتاق كذب القاضي البائع فيما يزعم انها ام ولده حين جعلها معتقة المشتري او مدبرته فلم يبق لزعمه عبرة واما في فصل الموت فبموتها لم يصر الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقي زعمه معتبرا في حقه فيرد جميع الثمن ثم اعلم ان الذي اختاره المص وصححه هو ما ذكره شمس الائمة في الجامع الصغير بناء على ان ام الولد لا قيمة لها ولكن قالوا انه مخالف لرواية الاصول وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل في الجارية [illegible] اعتاق المشتري فان قيل ينبغي ان لا يكون للولد حصة من الثمن لحدوثه بعد قبض المشتري لا حصة للولد الحادث بعد القبض قلنا الولد انما حدث بعد القبض من حيث الصورة واما من حيث المعنى فهو حادث قبل القبض لثبوت علوقه في ملك البائع ولهذا كان للبائع سبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة وان قبضه المشتري وما هو كذلك فله حصة من الثمن اذا استهلكه البائع وقد استهلكه ههنا بالدعوة كذا في الشروح قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن باع عبدا ولد عنده اي كان اصل العلوق في ملكه وباعه المشتري اي ثم باعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه اي الولد ابن البائع الاول ويبطل البيع اي يبطل البيع والثاني لان البيع يحتمل النقض وماله اي وما للبائع من حق الدعوة لا يحتمله اي لا يحتمل النقض فينقض البيع لاجله اي لاجل ما للبائع من حق الدعوة قال المص رح وكذا اي وكحكم المسألة السابقة الحكم اذا كاتب الولد اي اذا كاتب المشتري الولد او رهنه او آجره او كاتب الام اي كاتب المشتري الام فيما اذا اشتراها مع ولدها او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة اي ثم وجدت دعوة البائع [illegible] تحتمل النقض

فينتقض ذلك كله وتحرير الدعوة يؤخذ من الاعتاق والتدبير على ما مر بخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه قال ومن ادعى نسب احد التوأمين ثبت نسبهما منه لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر وهذا لان التوأمين ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا لانه لا حبل لاقل من ستة اشهر وفي الجامع الصغير اذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده الآخر فهما ابناه وبطل عتق المشتري لانه لما ثبت نسب الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسألة مفروضة فيه ثبت به حرية الاصل فيه فثبت نسب الآخر وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توأمان فتبين ان عتق المشتري وشراءه لاقى حر الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا لحق

كالبيع فينتقض ذلك كله اي فينتقض تلك العوارض كلها ذكر اسم الاشارة والضمير بتاويل ما ذكر وتصح الدعوة لكونها مما لا يحتمل النقض ثم اعلم ان هذه المسائل من مسائل المبسوط ذكرها المص تفريعا على مسئلة الجامع الصغير بخلاف الاعتاق والتدبير فانهما لا يحتملان النقض على ما مر آنفا بخلاف ما اذا ادعاه اي الولد المشتري اولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه اي كاعتاق المشتري قال صاحب العناية وللقائل ان يقول الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فاني يتساويان واما الدعوة من المشتري ومن البائع فيتساويان في ان الثابت بهما حق الحرية فاين المرجح ويمكن ان يجاب عنه بان التساوي بين العتق والدعوة في عدم احتمال النقض وذلك ثابت البتة وترجيح دعوة المشتري على دعوة البائع من حيث ان الولد قد استغنى بالاول عن ثبوت النسب في وقت لا مزاحم له فلا حاجة الى الثانية انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله في السؤال الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها بان قال فيه بحث فان الثابت بها في حق الولد حقيقة الحرية اي بل حرية الاصل كما سيجيء انتهى اقول هذا مندفع لان حقيقة حرية الاصل انما تثبت بالدعوة للولد ومراد صاحب العناية ان الثابت بالدعوة للبائع حقها لان مدار الكلام في جنس ما نحن فيه من المسائل على ان الترجيح هل هو في جانب البائع او في جانب المشتري ولا شك ان الثابت بالدعوة للبائع على كل حال انما هو الحق وهو حق استلحاق النسب في الولد وحق الاستيلاد في الام كما مر في الكتاب وتقرر وقد عبر صاحب العناية ههنا بحق الحرية لتاديته الى الحرية وكذا الحال بالنظر الى دعوة المشتري فانتظم السؤال والجواب وان كان في تقريره نوع ضيق واضطراب قال اي القدوري في مختصره ومن ادعى نسب احد التوأمين التوأم اسم للولد اذا كان معه آخر في بطن واحد يقال هما توأمان كما يقال هما زوجان وقولهم هما توأم وهما زوج خطأ ويقال للانثى توأمة كذا في المغرب ولكن الامام شمس الائمة السرخسي ذكر في المبسوط ان ذكر التوأم مكان التوأمين صحيح في اللغة يقال فلانان توأم وغلامان توأمان كلاهما صحيح عند اهل اللغة كذا في النهاية وغيرها ثبت نسبهما منه اي ثبت نسب التوأمين معا ممن ادعى نسب احدهما لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر وهذا اي كونهما من ماء واحد لان التوأمين ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا اي بعد ولادة الاول لانه لا حبل لاقل من ستة اشهر لان اقل مدة الحمل ستة اشهر ولا يتصور علوق الثاني على علوق الاول لانها اذا حبلت ينسد فم الرحم كذا في الكافي وغيره وكان المص لم يتعرض لدفع هذا الاحتمال لكونه امرا معلوما في غير هذا الفن قال في الجامع الصغير قال في العناية ذكر في رواية الجامع الصغير لاشتمالها على صورة بيع احدهما ودعوى النسب في الآخر بعد اعتاق المشتري انتهى وقال في معراج الدراية انما اعاد لفظ الجامع لما فيه زيادة فائدة وهو قوله ولدا عنده وفيه اشارة الى كون العلوق في ملك المدعي انتهى اذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري ان كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الاعتاق وان كانت بالفتح فلا حاجة الى التاويل كذا في العناية قال المص في التعليل لانه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسألة مفروضة فيه اي في ان يصادف العلوق والدعوة ملكه فان في قوله ولدا عنده اشارة الى مصادفة العلوق ملكه وفي قوله ثم ادعى البائع الذي في يده تصريح بمصادفة الدعوة ملكه ثبت به حرية الاصل جواب للما ثبت نسب الولد الذي عنده اي ثبت حرية الاصل في هذا الوجه فيثبت نسب الآخر اي فيثبت نسب الولد الآخر الذي كان باعه واعتقه المشتري وحريته الاصل فيه اي وثبت حرية الاصل في ذلك الولد ايضا ضرورة لانهما توأمان هما من ماء واحد فتبين ان عتق المشتري وشراءه لاقى حر الاصل فبطل اي فبطل كل واحد من عتقه وشرائه قال في الكافي وكان هذا نقض الاعتاق بامر فوقه وهي الحرية الثابتة باصل الخلقة انتهى بخلاف ما اذا كان الولد واحدا حيث لا يبطل فيه اعتاق المشتري بدعوى البائع نسبه كما مر لان هناك اي في مسئلة الولد الواحد يبطل العتق فيه اي في الولد مقصودا يعني لو صحت الدعوة من البائع هناك لبطل العتق في الولد مقصودا

دعوة البائع وههنا ثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل فافترقا ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينقض البيع فيما باع لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته

دعوة البائع وانه لا يجوز لما تقدم ان حق الدعوة لا يعارض حقيقة الاعتاق وههنا اي في مسئلة التوأمين يثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل اي يثبت بطلان اعتاق المشتري فيما اشتراه تبعا لحريته حرية الاصل لا حرية التحرير فالضمير في حريته راجع الى المشتري بالفتح وقوله فيه متعلق بقوله يثبت والضمير راجع الى المشتري كذلك وقوله حرية الاصل بدل من قوله حريته وانما ابدل به اشارة الى سبقها ليتبين بذلك ان البيع لم يكن صحيحا فالاعتاق لم يصادف محله فكان خليقا بالرد والابطال كذا في العناية اقول هذا الشرح صحيح الا انه يكون في كلام المصنف حينئذ تعقيد لفظي بالتقديم والتاخير حيث كان حق الاداء على هذا المعنى ان يقال وههنا يثبت فيه تبعا لحريته حرية الاصل كما لا يخفى وكان متقدمو الشراح عدلوا عنه حيث قال صاحبا النهاية والكفاية في بيان معنى كلام المصنف وههنا اي يثبت بطلان اعتاق المشتري بطريق التبعية لحرية المشترى الذي كانت الحرية فيه حرية الاصل انتهى وقال صاحب غاية البيان يعني فيما نحن فيه يثبت بطلان اعتاق المشتري لا مقصودا بل تبعا لثبوت الحرية الاصلية الثابتة في الذي باعه انتهى فان الظاهر مما ذكروا من المعنى ان لا يكون قول المصنف فيه متعلقا بقوله يثبت بل ان يكون متعلقا بمقدر هو كائنة او الثابتة على انه صفة لحريته فلا يلزم التعقيد اقول لعل الحذر في ذلك اشد من الاول فان الحرية بعد ان تضاف الى الضمير الراجع الى المشتري لا يبقى احتمال ان لا يكون ما ثبت فيه فيلزم ان يكون قول المصنف فيه على المعنى الذي ذكروه لغوا من الكلام وانما يتم ذلك المعنى ان لو كان كلام المصنف وههنا ثبت تبعا الحرية فيه بدون الاضافة كما لا يخفى فافترقا اي فافترق ما نحن فيه من مسئلة التوأمين وما اذا كان الولد واحدا حيث لزم بطلان العتق هناك اصالة وقصدا وفيما نحن فيه ضمنا وتبعا وكم من شيء يثبت ضمنا وتبعا ولا يثبت اصالة وقصدا قال في معراج الدراية الى هذا اشار قاضيخان والمرغيناني في فوائده والسرخسي في جامعه وقال في النهاية بعد شرح كلام المصنف على هذا المنوال ونقول في مسئلتنا لا يبطل عتق المشتري الذي يثبت منه بل يظهر بدعوة البائع لما بيده من احد التوأمين ان اعتاق المشتري لم يلاق محله لانه ظهر انه كان حر الاصل وتحرير الحر باطل لان فيه اثبات الثابت وذلك لا يصح كما ذكرنا من الفوائد الظهيرية

ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه يعني ان الذي ذكر من قبل اذا كان اصل العلوق في ملك المدعي ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه والمسئلة بحالها ثبت نسب الولد الذي عنده اي ثبت نسب الولد الذي عند البائع بمصادفة الدعوة ملكه فيثبت النسب لا ولد الآخر لانه ما ضرورة لان التوأمين لا ينفكان نسبا ولا ينقض البيع فيما باع ولا يبطل عتق المشتري فيه لان هذه اي لان دعوة البائع ههنا دعوة تحرير لا دعوة استيلاد لانعدام شاهد الاتصال اي لانعدام شاهد اتصال العلوق بملك المدعي حيث لم يكن اصل العلوق في ملكه ومن شرط دعوة الاستيلاد اتصال العلوق بملك المدعي فيقتصر على محل الولاية اي اذا كانت هذه دعوة تحرير فيقتصر على محل ولاية المدعي وصار كان البائع اعتقه والمعتق [illegible] من ضرورة حرية احد التوأمين بعتق عارض حرية الآخر فلهذا لا يعتق الذي عند المشتري على البائع كذا في الكافي وقال كثير من الشراح في شرح قول المصنف لان هذه دعوة تحرير الخ لانه لما لم يكن اصل علوقهما في ملك البائع كانت دعوته دعوة تحرير فكان قوله هذا ابني مجازا عن قوله هذا حر وقال لاحد التوأمين هذا حر كان تحريرا مقتصرا على محل ولايته فكذا دعوة التحرير اقول يرد على قولهم فكان قوله هذا ابني مجازا عن قوله هذا حر انه لو كان كذلك لما ثبت نسب [illegible] من الولدين منه لان المصير الى المجاز عند تعذر اعمال الحقيقة وقد صرحوا بثبوت نسبهما منه وتفصيل المقام انه قد مر في كتاب العتاق انه قال لعبده يولد مثله لمثله هذا ابني فان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق فان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر اعماله في حقيقته وان قال الغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي رح لهم انه كلام محال فيرد ويلغو ولابي حنيفة رح انه محال بحقيقته لكنه صحيح لمجازه لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحريته واطلاق السبب وارادة المسبب جائز في اللغة تجوزا ولان [illegible]

قال واذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون ابنه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا جحد العبد فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما ان الاقرار ارتد برد العبد فصار كان لم يكن الاقرار والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض الا ترى انه يعمل فيه الاكراه والهزل فصار كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال انا اعتقته يتحول الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه ولانه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير ولا يخلاف

ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرف المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء انتهى فلقد تلخص من ذلك كله ان ثبوت النسب فيما اذا قال لغلام هذا ابني انما يكون في صورة واحدة من الصور الثلث المذكورة وهي ان يكون الغلام ممن يولد مثله لمثله ولا يكون معروف النسب لكن يجري اللفظ في هذه الصورة على حقيقته واما في الصورتين الاخريين فيصير اللفظ محمولا على مجازه لكن لا يثبت النسب فيهما فلم توجد صورة تثبت فيها النسب ويكون اللفظ مجازا فلم يصح ما قاله هؤلاء الشراح قال اي محمد في الجامع الصغير واذا كان الصبي في يد رجل قال اي ذلك الرجل هو اي الصبي ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه اي لم يكن ذلك الصبي ابن ذلك الرجل ابدا قال صاحبا النهاية ومعراج الدراية يعني سواء صدقه العبد الغائب او كذبه او لم يعرف منه تصديق ولا تكذيب وقال تاج الشريعة يعني وان جحد العبد ان يكون ابنه اقول لا يخفى على الفطن انه يلزم على هذا المعنى استدراك قول المصنف وان جحد العبد ان يكون ابنه سيما على ما قاله تاج الشريعة اللهم الا ان يحمل على التاكيد تقريرا لكون المعنى هذا لكن فيه ما فيه وقد اشار صاحب العناية الى كون المعنى لم يكن ابنه ابدا اي في وقت من الاوقات لا حالا ولا استقبالا حيث قال في تقرير المسئلتين اذا كان الصبي في يد رجل فقال انه ابن عبده فلان او ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته في وقت من الاوقات لا حالا ولا استقبالا انتهى اقول الحق ان المراد ههنا هذا المعنى لوجوه احدها اندفاع الاستدراك المذكور به وهو ظاهر وثانيها ان الابد على هذا المعنى يكون على اصل معناه وهو عموم الاوقات وعلى المعنى الاول يصير مصروفا عنه الى عموم الاحوال كما ترى وثالثها انه لا يظهر حينئذ فائدة تقييد فلان بالغائب في وضع مسئلتنا دون المعنى الاول فان المقر له الحاضر والغائب سيان بالنظر الى الاحوال المذكورة في المعنى الاول اعني التصديق والتكذيب والسكوت عنهما اذ يتصور من كل واحد منهما كل واحدة من تلك الاحوال في وقت ما فلا فائدة في التقييد بالغائب على ارادة عموم الاحوال واما بالنظر الى الاوقات المذكورة في هذا المعنى اعني الحال والاوقات المستقبلة فهما اي المقر له الحاضر والغائب متفاوتان حيث لا يتصور الجحود من الغائب في الحال لعدم علمه فيها اي بما اقر به المقر ويتصور ذلك منه في الاستقبال بان يعلمه بعد ان يحضر بخلاف الحاضر فانه يتصور منه الجحود في الحال وفي الاستقبال بلا فرق بينهما فاحتمل في حق الغائب اختصاص الحكم لعدم كون الصبي ابن المقر بوقت لا يتصور فيه الجحود من المقر له وهو الحال ولم يحتمل ذلك في حق الحاضر فلو قال فلانا ولم يقيد بالغائب على ارادة عموم الاوقات لتبادر الى الفهم كون الحكم المذكور عند كون المقر له حاضرا فقط ولما قيد بالغائب علم ثبوت الحكم المذكور عند كون المقر له غائبا عبارة وثبوته عند كونه حاضرا ايضا دلالة فظهر فائدة التقييد بالغائب على هذا المعنى ثم اعلم انه لا يشترط لهذا الحكم ان يكون الصبي في يده ذكره في الكتاب وقع اتفاقا نص عليه الامام الزيلعي في التبيين وهذا عند ابي حنيفة رح اي حكم المسئلة المذكورة على الاطلاق انما هو عند ابي حنيفة رحمه الله وفي المبسوط لكن يعتق عليه وان لم يثبت نسبه من المولى كذا في النهاية ومعراج الدراية وقالا اذا جحد العبد فهو اي الصبي ابن المولى يعني اذا ادعى المولى لنفسه بعد جحود العبد نسبه كذا في النهاية قال المصنف وعلى هذا الخلاف اذا قال الذي في يده الصبي هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا كذا في غاية البيان لهما ان الاقرار اي الاقرار بالنسب وهو قوله هو ابن عبدي فلان الغائب ارتد برد العبد فصار كان لم يكن الاقرار اي فصار كانه لم يقر لاحد وادعاه لنفسه والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض اي وان كان النسب لا يحتمل النقض الا ترى انه اي الاقرار بالنسب يعمل فيه الاكراه والهزل حتى لو اكره بنبوة عبد فاقر بها لا يثبت النسب وكذا لو اقر بها هازلا فصار اي فصار حكم هذه المسئلة كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق المشتري بفتح الراء فكذبه البائع ثم قال اي المشتري انا اعتقته يتحول الولاء اليه اي فانه يتحول الولاء الى المشتري وصار كانه لم يقر بموسى اصلا بخلاف ما اذا صدقه اي بخلاف ما اذا صدق المقر له المقر في مسئلتنا حيث لا يصح فيه دعوة المولى بالاتفاق لانه اي المقر يدعي بعد ذلك اي بعد تصديق المقر له اياه نسبا ثابتا من الغير ولا يصح ويخلاف

ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه ولابي حنيفة رح ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فتمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له * ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو اقوى وهو دعوى المشتري فيبطل به بخلاف النسب على ما مر

ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه بل سكت عن التصديق والتكذيب حيث لا تصح فيه دعوة المولى بالاتفاق لانه تعلق به اى بالصبي حق المقر له على اعتبار تصديقه اى على اعتبار احتمال تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه يعني ان لاحتمال جانب التصديق تاثيرا فيما نحن فيه كما ان لاحتمال جانب التكذيب تاثيرا في ولد الملاعنة ولابي حنيفة رح ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وهذا بالاتفاق والاقرار بمثله اى بمثل ما لا يحتمل النقض بعد ثبوته لا يرتد بالرد يعني ما كان كذلك فالاقرار به لا يرتد بالرد اى لا يبطل بالتكذيب كمن اقر بحرية عبد انسان فكذبه المولى لا يبطل اقراره حتى لو اشتراه بعد ذلك يعتق عليه كما ذكره الامام قاضيخان وذكر في الشروح فبقي اى فبقي الاقرار في حق المقر وان لم يثبت في حق المقر له كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة فيمتنع دعوته اى دعوة المقر بعد الرد ايضا كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة كالفسق والقرابة ثم ادعاه اى ثم ادعاه الشاهد لنفسه حيث لم تصح دعوته واعلم ان الامام فخر الاسلام ذكر هذه المسئلة في شرح الجامع الصغير على هذا المنوال حيث قال وكذلك من شهد انه على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه الشاهد لم تصح انتهى فاقتفى المصنف اثره فاورده ههنا كذلك واما شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي فقد ذكر انها ايضا على هذا الخلاف حيث قال في شرح الكافي للحاكم الشهيد وعلى هذا الخلاف اذا شهدا انه ابن فلان فلم تقبل هذه الشهادة ثم ادعاه لنفسه لا تقبل عند ابي حنيفة رح خلافا لهما انتهى وهذا اشارة الى قوله والاقرار بمثله لا يرتد بالرد لانه تعلق به اى بالنسب حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه اى من المقر له ولما جاز ان يثبت النسب منه بعد التكذيب يبقى له حق الدعوة ومع بقاء حقه لا تصح دعوة المقر كما اذا لم يصدقه ولم يكذبه وكذا تعلق به حق الولد من جهة احتياجه الى النسب فلا يرتد برد المقر له لتعلق حقه وحق الولد هكذا ينبغي ان يشرح هذا المقام ولا يلتفت الى ما في النهاية وغيرها مما لا يساعده تقرير المصنف ولا يطابقه تحريره كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة ومسئلة الولاء على هذا الخلاف اشارة الى الجواب عن استشهادهما بمسئلة الولاء بانها ايضا على هذا الخلاف فلا تنتهض شاهدة لهما فيما قالاه وحجة على ما قاله ولو سلم اى ولو سلم كون مسئلة الولاء على الاتفاق فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب صورته معتقة تزوجت بعبد وولدت منه اولادا فجنى الاولاد كان عقل جنايتهم على موالي الام لان الاب ليس من اهل الولاء فكان الولد ملحقا بقوم الام فان اعتق العبد جر ولاء الاولاد الى نفسه هكذا روي عن عمر رضي الله عنه ذكره قاضيخان كذا في النهاية ومعراج الدراية وقد اعترض على الولاء الموقوف وهو الولاء من جانب البائع وانما سماه موقوفا لانه على عرضة التصديق بعد التكذيب كذا في النهاية وغيرها ما هو اقوى وهو دعوى المشتري لان الملك له قائم في الحال فكان دعوى الولاء مصادفا لمحله لوجود شرطه وهو قيام الملك كذا في العناية واكثر الشروح وقال بعض الفضلاء فيه بحث لانه كيف يقوم الملك وهو مقر بانه معتق قال في الكافي ان المشتري اذا اقر ان البائع كان اعتق ما باعه وكذبه البائع فانه لا يبطل ذلك ولكنه يعتق عن المقر انتهى ولا يخفى دلالته على ما قلناه الى هنا كلامه اقول لبعض اقحل صحته ظاهر السقوط لان المشتري انما اقر اولا بان ما اشتراه معتق البائع لا بانه معتق نفسه وقد كذبه البائع وهذا لا ينافي قيام الملك له في الحال اى في حال دعوى الاعتاق لنفسه ثانيا وانما لا يقوم الملك له في الحال لو كان اقر ابتداء بانه معتق نفسه او كان اقر بانه معتق البائع وصدقه البائع وليس فليس واما ما ذكره في الكافي فعلى تقدير تمامه يجوز ان يكون مبنيا على كون مسئلة الولاء ايضا على هذا الخلاف كما ذكره المصنف اولا حيث قال ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولا يخفى ان مبنى الكلام ههنا على تسليم كون بطلان الاقرار وتحول الولاء في مسئلة الولاء متفقا عليه كما يفصح عنه قول المصنف ولو سلم الخ وحينئذ لا اشتباه في قيام الملك للمشتري الى حال دعوى الاعتاق لنفسه فلا وجه لاشتباه المقام وخلط الكلام فيبطل به اى يبطل الولاء الموقوف باعتراض ما هو الاقوى الذي هو دعوى المشتري بخلاف النسب يعني انه لا يبطل باعتراض شيء اصلا على ما مر اشارة الى ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وعناية اخذ اكثر الشراح قال في الكافي بخلاف النسب كما مر في ولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن

وهذا الصلح مخرج على اصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعوته باقراره بالنسب لغيره

قال وإذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض لان نظر الصبي في هذا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها

لاحتمال ثبوته من الملاعن انتهى وحمل عليه صاحب الكفاية مراد المص ايضا والحاصل ان النسب الزم من الولاء فان الولاء يقبل البطلان في الجملة والنسب لا يقبله اصلا فلا يصح قياس النسب على الولاء وهذا اي اقرار البائع بنسب ما باعه لغيره يصلح مخرجا اي حيلة على اصله اي على اصل ابي حنيفة رح فيمن يبيع الولد ويخاف عليه اي يخاف المشتري على الولد الدعوة بعد ذلك من البائع فيقطع دعواه اي فانه يقطع دعوى البائع باقراره بالنسب لغيره قال الامام المحبوبي صورته رجل في يده صبي ولد في ملكه وهو يبيعه ولا يامن المشتري ان يدعيه البائع يوما فينتقض البيع فيقر البائع بكون الصبي ابن عبده الغائب حتى يامن المشتري من انتقاض البيع بالدعوى عند ابي حنيفة رح فان هذا يكون حيلة عنده وفي الفوائد الظهيرية الحيلة في هذه المسئلة على قول الكل ان يقر البائع ان هذا ابن عبده الميت حتى لا يتاتى فيه تكذيب فيكون مخرجا على قول الكل كذا في النهاية قال اي محمد رح في الجامع الصغير واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر وفي الفوائد الظهيرية وغيرها هو ابن النصراني اذا كانت الدعوتان معا فكان قوله معا اشارة الى ان دعوى المسلم لو سبقت على دعوى النصراني يكون عبد المسلم كذا في النهاية قال المص لان الاسلام مرجح بكسر الجيم فيستدعي تعارضا يعني ان الاسلام مرجح انما كان والترجيح يستدعي تعارضا ولا تعارض اي لا تعارض ههنا لان التعارض انما يكون عند وجود المساواة ولا مساواة ههنا لان نظر الصبي ههنا اوفر يعني ان النظر للصبي احب ونظيره فيما ذكرناه اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه اي وفي عكس ما ذكرنا الحكم بالاسلام تبعا اي نيال الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها اي ليس في وسع الصبي اكتساب الحرية فانتفى المساواة كذا راى اكثر الشراح في حل هذا المقام وهو التحقيق عندي ايضا بان يراد من نهج الكلام قال صاحب العناية بعد شرح المقام بهذا المنوال فان قيل هذا مخالف لما في الكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مومن خير من مشرك ودلائل التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الالف بالدين مانع قوي الا يرى الى الكفر آبائه مع ظهور دلائل التوحيد وقد تقدم في الحضانة ان الذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله وللقائل ان يقول هذا مخالف الكتاب هو قوله تعالى ولعبد مومن خير من مشرك بان قال فيه بحث لانا لا نقول ان الايمان ليس خيرا من الاشراك حتى يخالف بل نقول كما ان ذلك خير كذلك شرف الحرية خير من ذل الرقية وكسب الاسلام في وسعه دون كسب الحرية فالنظر للصبي يقتضي الحكم بحريته انتهى اقول ليس مراد صاحب العناية ان هذا مخالف للكتاب بمجرد دلالته على ان صفة الايمان خير من صفة الاشراك حتى يفيد ما ذكره ذلك البعض بل مراده انه مخالف للكتاب لدلالته على ان العبد المومن وان كان رقيقا خير من المشرك وان كان حرا اما على كون الامة والعبد في قوله تعالى ولامة مومنة خير من مشركة وقوله تعالى ولعبد مومن خير من مشرك محمولين على ظاهرهما اعني الرقيق والرقيقة كما يشعر به قول بعض كبار المفسرين في تفسير ذلك المقام من النظم الشريف يعني ان المومن ولو كان معه خساسة الرق خير من الكافر ولو كان معه شرف الحرية فان شرفها لا يجدي نفعا مع الكفر ودناءة الرق لا يضر مع شرف الايمان انتهى فالامر ظاهر واما على كون الامة والعبد فيهما بمعنى عبد الله وامته عاما بين الحر والحرة ايضا كما ذهب اليه صاحب الكشاف واضرابه حيث قال الوافي تفسير الآيتين المذكورتين اي ولامرأة مومنة حرة كانت او مملوكة وكذلك ولعبد مومن لان الناس كلهم عبيد الله واماؤه انتهى فلان الرقيق المومن يندرج حينئذ في عبد مومن قطعا فيكون خيرا من مشرك وان كان حرا او دلالة ظاهر الدليل المذكور في مسئلتنا على ان الكافر النائل شرف الحرية مع كون كسب الايمان في وسعه خير من الرقيق المحكوم باسلامه تبعا مع حرمانه عن الحرية فيفهم المخالفة للكتاب وهذا توجيه كلام صاحب العناية على وفق مرامه فلا يتوجه عليه البحث المذكور ثم قال صاحب العناية ويمكن ان يجاب عنه بان قوله تعالى ادعوهم لآبائهم يوجب دعوة الاولاد لآبائهم ومدعي النسب اب لان دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الآيتان وفي الاحاديث الدالة على الرحمة بالصبيان نظرا لهم كثرة فتحا

ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين **قال** واذا ادعت امرأة صبيا انه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة ومعنى المسئلة ان يكون المرأة ذات زوج لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل

اقوى من المانع وكذا الاباء حجود والاصل عدمه الا يرى الى انتشار الاسلام بعد الكفر في الآفاق وترك الحضانة لا يلزم رق فيقطع منها بخلاف ترك الاجنبي فانه يؤدي بعده الى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة انتهى اقول فيه بحث لان كون مدعي النسب اولا اول المسئلة فذكره ههنا عود الى المصادرة وقوله لان دعوته لا تحتمل النقض ليس بشيء لان دعوته انما لا تحتمل النقض بعد ان كانت مقبولة بحسب الشرع راجحة على دعوى المسلم وهو اول المسئلة ايضا وقوله وفي الاحاديث الدالة على الرحمة بالصبيان نظر لهم كثيرة فكانت اقوى من المانع كلام خال عن التحصيل ههنا لان وجوب الرحمة بالصبيان والنظر لهم مما لا شبهة فيه لاحد لكن الكلام فيما لا يؤدي الى الالف بالكفر المانع عن الاسلام مناف للرحمة بهم والنظر لهم فلا معنى لقوله وكانت اقوى من المانع كما لا يخفى ثم ان صاحب الكفاية وتاج الشريعة قالا في شرح قول المصنف ولا تعارض اي بين دعوى الرق ودعوى النسب لجواز ان يكون عبدا لواحد وابنا للآخر انتهى فكانهما اخذا هذا المعنى مما ذكره صاحب الكافي حيث قال ولو كان صبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو حر ابن النصراني ان ادعيا معا ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى والفرق انهما في دعوى النسب استويا فترجح المسلم بالاسلام لان الانتساب بالنسب من المسلم قضاء باسلامه وفيما نحن بصدده لا تعارض بين الدعوتين اعني دعوى الرق ودعوى النسب لانه يجوز ان يكون عبدا للواحد وابنا للآخر حتى يثبت الترجيح بالاسلام انتهى اقول فيه نظر لان الذي يدعيه النصراني في مسئلتنا هو بنوة الصبي له حرا لا مطلق بنوته له وان الذي يحكم به هو ثبوت نسب الصبي منه حرا كما صرح به في وضع المسئلة لا ثبوت نسبه منه عبدا للآخر والا لزم الجمع بين قوليهما والحكم لهما معا بل لما تصور النزاع بينهما راسا ولا شك ان بين دعوى الرق وبين دعوى النسب على الحرية تعارضا بينا فلا يتم التقريب ثم ان في تحرير المصنف ما ينافي ايضا الحمل على هذا المعنى وهو ان قوله لان نظر الصبي في هذا اوفر الخ لا يصلح ان يكون دليلا على قوله ولا تعارض على تقدير كون مراده بوجه عدم التعارض هذا المعنى فكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير تحرير المصنف فقال بعد كلامه المذكور على وجه التنوير الا يرى ان الترجيح بالاسلام واحد في النسب لنظر الصغير ونظر الصبي في هذا اوفر الخ اما صاحب الكفاية فلم يرد على شرحه المذكور شيئا آخر وكانه غافل بالكلية واما تاج الشريعة فقد تنبه لهذا وتداركه بلا هذا حيث قال فعلى هذا يكون قوله لان نظر الصبي في هذا اوفر دليلا على قوله فهو ابن النصراني لا دليلا على نفي المعارضة وقال كذا سمعته من الامام الاستاذ انتهى لكن يرد عليه ان المصنف قد ذكر الدليل على قوله فهو ابن النصراني وهو حر بقوله لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض فلو كان قوله لان نظر الصبي الخ دليلا على ذلك ايضا لكان دليلا ثانيا فكان حقه ان يذكر بالواو اللهم الا ان يحمل الثاني على تعليل المعلل فتامل قوله ولو كانت دعوتهما اي دعوة المسلم والكافر دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين اي للصبي ونقض هذا بغلام نصراني ادعى على نصرانية انه ابنها وادعى مسلم ومسلمة انه ابنهما واقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعوتان مع ان بينة الغلام اولى ولم يترجح جانب الاسلام واجيب بان البينتين وان استويا في اثبات النسب بفراش النكاح لكن ترجحت بينة الغلام من حيث انه يثبت حق النفس لان معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين لان الولد يعير بعدم الاب المعروف والوالدان لا يعيران بعدم الولد وبينة من تثبت حق النفس اولى وفيه نظر لانه اضعف من الاسلام في الترجيح لا محالة والجواب انه قوي بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي لانه اشبه المدعين لكونه يدعي حق النفس كذا في العناية اقول ولقائل ان يقول ان تقوي هذا بذلك النص فقد يقوى رجحان الاسلام بالف نص منها قوله صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلى قال اي محمد رح في الجامع الصغير واذا ادعت امرأة صبيا انه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة قال المصنف اقتفاء اثر عامة المشائخ في تقييد هذه المسئلة ومعنى المسئلة ان تكون المرأة ذات زوج اي معنى هذه المسئلة ان يكون المرأة ذات زوج وادعت انه ابنها من هذا الزوج وانكر الزوج ذلك لانها تدعي تحميل النسب على الغير وهو الزوج فلا تصدق الا بالحجة يعني ان المرأة تقصد الزام النسب على الزوج والالزام لا بد له من الحجة وسبب لزوم النسب وان كان قائما وهو النكاح لكن الحاجة الى اثبات الولادة والنكاح لا يوجب الولادة لا محالة ولا تثبت الولادة وتعيين الولد الا بحجة فلا بد لها من حجة كذا في الكافي وغيره بخلاف الرجل اي الزوج حيث يصدق في دعوة الولد

لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد اما النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة رح وقد مر في الطلاق وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها الزوج فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة لانه التزم نسبه فاغنى ذلك عن الحجة وان كان الصبي في ايديهما وزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما

من غير شهادة احد وان انكرت المرأة لانه يحمل نفسه النسب في بعض النسخ يحمل على الغير النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها اي في دعوة المرأة في المسئلة المارة لان الحاجة الى تعيين الولد بانه الذي ولدته تلك المرأة وشهادة القابلة حجة فيه لانه مما لا يطلع عليه الرجال فيقبل فيه قول النساء اما النسب يثبت بالفراش القائم يعني اما النسب فثبت بالفراش القائم في الحال فلا حاجة الى اثباته حتى يلزم الحجة التامة وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة فكانت حجة فيها ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة رحمه الله يعني هذا الذي ذكرناه فيما اذا كانت منكوحة اما اذا لم تكن منكوحة ولكن كانت معتدة وادعت النسب على الزوج احتاجت الى حجة تامة عند ابي حنيفة رح وهي شهادة رجلين او رجل وامرأتين الا اذا كان هناك حبل ظاهر واعتراف من قبل الزوج وقالا يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة وقد مر في الطلاق اي في باب ثبوت النسب من كتاب الطلاق فان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها اي من غير بينة اصلا لان فيها الزاما على نفسها دون غيرها وفي هذا لا فرق بين الرجل والمرأة هذا ما ذهب اليه عامة المشائخ واختاره المص رح ومنهم من اجرى المسئلة على اطلاقها وقال لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج او لم تكن عملا باطلاق ما ذكره محمد رحمه الله وفرق بين الرجل والمرأة حيث جازت دعوة الولد منه بلا بينة ولم تجز منها بدون البينة وجه الفرق ان الاصل ان كل من ادعى معنى لا يمكنه اثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعي معنى يمكنه اثباته بالبينة لا يقبل فيه قوله الا بالبينة وبيان هذا ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق فادعت المرأة الدخول وكذبها لا تصدق الا ببينة لامكان اثباته بالبينة ولو علق طلاقها بحيضها والمسئلة بحالها يقبل قولها من غير بينة لمكان العجز عن الاثبات بالبينة ففي ما نحن فيه يمكن للمرأة اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد منها مما يشاهد ويعاين فلا بد لها من بينة ولا كذلك الرجل لانه لا يمكنه اقامة البينة على الاعلاق والاحبال لمكان الخفاء والتغيب عن عيون الناظرين فلا يحتاج اليها كذا في الشروح اقول فيه بحث اما اولا فلان الرجل وان لم يمكنه اثبات الاعلاق والاحبال الا انه يمكنه اثبات النسب اذ قد تقرر في كتاب الشهادة انه يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه بالسماع ممن يثق به في مواضع عديدة منها النسب وليس من ضرورة ادعاء الرجل الولد ابنه وثبوت نسبه منه ثبوت وقوع الاعلاق والاحبال منه البتة والا لما تيسر اثبات دعوة البنوة من الرجل اصلا اي ولو كان هناك مانع شرعي اذ لا يمكنه اثبات الاعلاق والاحبال قطعا مع ان مسائل التنازع بين الرجلين في بنوة ولد واثباتها شرعا اكثر من ان تحصى فظهر ان المقصود من ادعاء الرجل بنوة ولد نسبه منه دون ثبوت وقوع الاعلاق والاحبال منه فلما امكنه اثبات نسبه منه لزمه ايضا اقامة البينة على الاصل المذكور في وجه الفرق فلا يتم المطلوب واما ثانيا فلان الوجه المذكور للفرق المزبور مما لا يجري في مسئلتنا لان كون المدعي مما لا يمكن للمدعي اثباته بالبينة انما يقتضي احتياج المدعي الى اقامة البينة اذا وجد هناك من يكذبه في ادعاه كما في الصورة المذكورة للبيان مما ادعته المرأة في مسئلتنا وان كان مما يمكنها اثباته بالبينة انما يقتضي احتياج المدعي الى اقامة البينة كما بين الا انه مما لم ينكره احد لان كلامنا فيما اذا لم يوجد من يكذبها بان لم تكن منكوحة ولا معتدة ولهذا قال المص في تعليل المسئلة لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها انتهى فكيف يتصور القول باحتياجها الى اقامة البينة فتدبر وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه اي ادعت ان الولد ابنها من ذلك الزوج وصدقها اي وصدق الزوج اياها فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة اي وان لم تشهد امرأة على الولادة يعني لا حاجة ههنا الى شهادة القابلة لانه اي الزوج التزم نسبه اي نسب الولد فاغنى ذلك عن الحجة لان النسب يثبت بمجرد اقرار الزوج بلا دعوى المرأة اذ ليس فيه تحميل النسب على الغير ومع دعوى المرأة اولى وهذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير وان كان الصبي في ايديهما اي في ايدي الزوجين فزعم الزوج انه ابنه من غيرها اي زعم الزوج ان الصبي ابنه من امرأة اخرى لها وزعمت انه ابنها من غيره اي زعمت المرأة انه ابنها من زوج آخر كان لها فهو ابنهما اي لان الصبي ابنهما معا هذا اذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه اما ان كان يعبر عن نفسه فالقول له ايهما صدق تثبت نسبه منه بتصديقه كذا في عامة الشروح وعزاه صاحب الغاية الى شرح الطحاوي

لان الظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما او لقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب المقر لان المحل يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها قال ومن اشترى جارية فولدت له عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم لانه ولد المغرور فان المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رض ولان النظر من الجانبين واجب

ثم ان هذه المسئلة المذكورة في الكتاب من مسائل الجامع الصغير ايضا قال المص في تعليلها لان الظاهر ان الولد منهما اي من الزوجين اللذين كان الولد في ايديهما لقيام ايديهما او لقيام الفراش بينهما اقول فيه شيء وهو ان قيام الفراش بينهما لا يدل على تعيين الولد وانما يدل على ثبوت النسب بعد تعيين الولد اي بعد ثبوت ولادته من تلك الزوجة ولهذا لم يجز دعوات امرأة ذات زوج صبيا انه ابنها اذا لم يصدقها الزوج ما لم تشهد امرأة على الولادة كما مر آنفا ففي مسئلتنا ايضا ينبغي ان يكون كذلك فتامل ثم كل منهما اي من الزوجين يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه اي على صاحبه يعني لا يقبل قوله في حق صاحبه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه حيث لا يصدق واحد منهما في ابطال حق صاحبه بل يكون الثوب بينهما فكذا ههنا الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب المقر اي يصير ما حصل للمقر بينه وبين المقر له نصفان لان المحل وهو الثوب يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها اعلم ان المناقضة في دعوى النسب غير مانعة لصحة الدعوى حتى ان الصبي اذا كان في يد امرأة فقال رجل هو ابني منك من زنا وقالت من نكاح ثم قال الرجل من نكاح يثبت النسب منه وكذا لو قال هو ابني من نكاح منك وقالت هو ابنك مني من زنا لم يثبت النسب منه لعدم اتفاقهما في النكاح فان قالت بعد ذلك هو ابنك مني من نكاح يثبت لما قلنا ان المناقضة لا تبطل دعوى النسب كذا ذكره الامام التمرتاشي وذكر في الايضاح ان دعوى النسب انما لا يبطل بالتناقض لان التناقض انما يكون بين المتساويين ولا مساواة فان دعوى النسب اقوى من النفي وذكر فيه ايضا اذا تصادق الزوجان على ان الولد من الزنا من فلان فالنسب ثابت من الزوج لان سبب ثبوت النسب قائم وهو الفراش والنسب يثبت حقا للصبي فلا يقبل تصادقهما على ابطال النسب وكذلك لو كانت المنكوحة امة او كان النكاح فاسدا لان الفراش قد وجد كذا في النهاية ومعراج الدراية اقول الذي نقل عن الايضاح اولا من تعليل عدم بطلان دعوى النسب بالتناقض محل نظر سندا ونقضا فتامل قال اي محمد رح في الجامع الصغير في كتاب القضاء ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده يعني ولدت ولدا من المشتري فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم تخصومته وكذا اذا ملكها بسبب آخر غير الشرى اي سبب كان وكذا اذا تزوجها على انها حرة فولدت له ثم استحقت نص عليه الامام الزيلعي رح في شرح الكنز وسيفهم من نفس الكتاب لانه ولد المغرور فان المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين باي سبب كان مثل الشرى والهبة والصدقة والوصية كذا في معراج الدراية وغيرها او نكاح عطف على يمين والمعنى اي معتمدا على ملك نكاح فتلد منه اي تلد المرأة من يطأها ثم تستحق بان يظهر بالبينة كونها امة ههنا تم تفسير ولد المغرور وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه لا خلاف بين الصدر الاول وفقهاء الامصار ان ولد المغرور حر الاصل ولا خلاف ايضا بين السلف انه مضمون على الاب الا ان السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية يعني ان كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية مثلها وقال علي بن ابي طالب رضي الله تعالى عنه عليه قيمة الولد واليه ذهب اصحابنا لانه قد ثبت بالنص ان الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل وتاويل حديث عمر رض يفك الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية كذا في العناية اقول يرد على ظاهره ان خلاف السلف في كيفية ضمان ولد المغرور وقول عمر رض بضمان مثله دون قيمته ينافي ما ذكره المص من ان ولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة فكيف يصلح ما ذكر في العناية لان يكون شرحا وبيانا لما ذكره المص ويمكن الجواب عنه بان يقال ان اختلافهم في كيفية ضمانه اختلاف بحسب الظاهر وعند الحقيقة بناء على احتمال ان يكون المراد بحديث عمر رض يفك الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية فحاصل الشرح والبيان ههنا ان السلف وان اختلفوا في كيفية ضمانه بحسب الظاهر من اقوالهم الا ان الخلاف مرتفع في الحقيقة بتاويل كلام عمر رض وتعيين مرامه على وفق مقتضى النص الدال على ان الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل ولان النظر من الجانبين واجب اذ المغرور بنى امره على سبب صحيح في الشرع فاستوجب النظر والآب المستحق والولد متفرع عن ملكه فاستوجب النظر ايضا فوجب الجمع بين حقيهما بقدر الامكان وذا بان يحيي حق المستحق في معنى المملوك ويحيي حق المغرور في تسمية

فيجعل الولد حرالاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع ولو مات الولد لا شيء على الاب لانعدام المنع وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حرالاصل في حقه فيرثه ولو قتله الاب يغرم قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لان سلامة بدله له كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا ويرجع بقيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه

كذا في الكافي فيجعل الولد حرالاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ودفعا للضرر عنهما ثم الولد حاصل في يده اي في يد المغرور من غير صنعه اي من غير تعديه كذا في العناية فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة فانه امانة في يد الغاصب عندنا لا يضمنه الغاصب الا بالمنع فلهذا اي فلان المغرور لا يضمن الولد الا بالمنع تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع وذكر في شرح الطحاوي يغرم قيمة الولد يوم القضاء لان الولد لم يعلق في حق المستولد حرا ويعلق في حق المستحق رقيقا فلا يتحول حقه من العين الى البدل الا بالقضاء فيعتبر قيمة الولد يوم القضاء كذلك كذا في النهاية ومعراج الدراية ثم اعلم ان ولد المغرور انما يكون حرا بالقيمة اذا كان المغرور حرا اما اذا كان مكاتبا او عبدا ماذونا له في التزوج يكون ولده عبد المستحق خلافا لمحمد رح وسيجيء ذلك في كتاب المكاتب كذا في غاية البيان ولو مات الولد يعني لو مات ولد المغرور قبل الخصومة لا شيء على الاب اي ليس على الاب شيء من قيمته لانعدام المنع اذ المنع انما يتصور بعد الطلب فاذا هلك قبل الطلب لم يوجد سبب ضمانه كما لو هلك ولد المغصوبة عند الغاصب فانه لا يضمن قيمته كذا في الكافي وكذا لو ترك مالا اي وكذا لو ترك ولد المغرور مالا ميراثا لابيه فاخذه ابوه لا يجب على الاب للمستحق من قيمة الولد شيء لان المنع لم يتحقق لا عن الولد لما مر ولا عن بدله لان الارث ليس ببدل عنه فلم يجعل سلامة الارث كسلامة نفسه والمال لابيه لانه اي الولد حرالاصل في حقه اي في حق ابيه كما مر فيرثه فان قيل الولد وان كان حرالاصل في حق ابيه الا انه رقيق في حق مدعيه فينبغي ان يكون المال مشتركا بينهما قلنا الولد علق حرالاصل في حق المدعي ايضا ولهذا لا يكون الولاء له وانما قدرنا الرق في حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها كذا في الشروح والكافي اقول ينافي هذا الجواب ظاهر ما ذكر في شرح الطحاوي على ما نقلناه آنفا فليتامل في التوفيق او الترجيح ولو قتله الاب يغرم قيمته اي يضمنها لوجود المنع بالقتل وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته اي فاخذ الاب ديته لان سلامة بدله له اي لان سلامة بدل الولد وهو ديته للاب كسلامته اي كسلامة الولد نفسه ومنع بدله كمنعه اي ومنع بدل الولد كمنع الولد نفسه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا واما اذا لم ياخذ الاب ديته من القاتل فلا يضمن شيئا لانه لم يمنع الولد اصلا اي لا حقيقة ولا حكما نص عليه فخر الدين قاضيخان وغيره في شروح الجامع الصغير وذكر في المبسوط فان قضى له بالدية فلم يقبضها لم يؤخذ بالقيمة لان المنع لم يتحقق فيما لم يصل الى يده من البدل فان قبض من الدية قدر قيمة المقتول قضى عليه بالقيمة للمستحق لان المنع تحقق بوصول يده الى البدل فيكون منعه قدر قيمة الولد كمنعه الولد كذا في النهاية والكفاية ويرجع بقيمة الولد على بائعه اي ويرجع الاب بما غرم من قيمة الولد على بائعه لانه اي بائعه ضمن له اي للمشتري سلامته اي سلامة المبيع عن العيب لا عيب فوق الاستحقاق كذا في معراج الدراية ويساعده تقرير صاحب النهاية اقول يرد على ظاهر هذا الشرح انه لا شبهة في ان البائع ضامن للمشتري سلامة المبيع عن العيب الا ان المبيع في مسئلتنا هي الام دون الولد فلا يتم التقريب وكان كثيرا من الشراح قصدوا دفع هذا فقالوا في بيان قول المصنف لانه ضمن له سلامته يعني ان الولد جزء الام والبائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع اجزائه انتهى اقول ويرد على هذا الشرح ان البائع انما ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع اجزائه الموجودة عند البيع لا بجزئه الذي يحدث بعد البيع لان مثل هذا الجزء معدوم حين البيع ولا يصح ادخال المعدوم في عقد البيع اصلا فضلا عن ضمان سلامته عن العيب ولا اشكال ان الولد في مسئلتنا مما حدث بعد البيع والحق عندي في هذا المقام ان يطرح حديث الجزئية من البين ويقال في بيان مراد المصنف من قوله المذكور ان البائع ضمن للمشتري سلامة الولد بواسطة ضمانه سلامة المبيع الذي هو الام عن العيب فان كون الجارية غير سالم عن عيب الاستحقاق عيب فيها لان من منافعها الاستيلاد وكون ولدها من مولاها حرالاصل من غير ان يستحقه احد وكان سلامتها عن العيب مستلزمة لسلامة ولدها فضمان البائع سلامتها ضمان لسلامته كما يرجع بثمنه قال صاحب الكفاية اي بالثمن الذي اداه المشتري الى البائع فالضمير للمشتري وقيل بثمن المشتري اذا استحق لما قصده مشتراه واستحقه احد انتهى واختار صاحب العناية من بين هذه المعاني الثلثة المعنى الوسطاني حيث قال كما يرجع بثمنه اي ثمن المبيع وهو الام

بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع والله اعلم بالصواب

كتاب الاقرار

لان المغرور شيلها انتهى واقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان هذا هو المعنى الوجيه ههنا ولكن في تذكير الضمير نوع عدول عن الظاهر ولهذا قال في الوقاية وغيرها ورجع بها كثمنها بتانيث الضمير اي ورجع بقيمة الولد كثمن الام بخلاف العقر يعني ان المغرور لا يرجع على بائعه بعقر وجب عليه واخذه منه المستحق لانه اي لان العقر لزمه اي لزم المغرور لاستيفاء منافعها اي لاستيفاء منافع الجارية المستحقة اي منافع بضعها فلا يرجع به على البائع اذ لو رجع به سلم له المستوفى مجانا والوطي في ملك الغير لا يجوز ان يسلم للواطئ مجانا كذا في النهاية وغيرها

كتاب الاقرار

ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يقفوه من الكتب من الاقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب وذلك لان دعوى المدعي اذا توجهت الى المدعى عليه فامره لا يخلو اما ان يقر او ينكر والانكار يسبب الخصومة والخصومة مستدعية للصلح قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما وبعد ما حصل له من المال اما بالاقرار او بالصلح فامر صاحب المال بماله لا يخلو اما ان يستربح منه اولا فان استربح فلا يخلو اما ان يستربح بنفسه او بغيره وقد ذكر استرباحه بنفسه في كتاب البيوع للمناسبة التي ذكرناها هناك بما قبله وذكر ههنا استرباحه بغيره وهو المضاربة وان لم يسترج فلا يخلو اما ان يحفظه بنفسه او بغيره ولم يذكر حفظه بنفسه لانه لم يتعلق به حكم في المعاملات فبقي حفظه بغيره وهو الوديعة كذا في الشروح ثم ان محاسن الاقرار كثيرة منها اسقاط واجب الناس عن ذمته وقطع السنتهم عن مذمته ومنها ايصال الحق الى صاحبه وتبليغ المكسوب الى كاسبه فكان فيه انفاع صاحب الحق وارضاء خالق الخلق ومنها احماد الناس المقر بصدق القول ووصفهم اياه بوفاء العهد وانالة النول ثم ان للمنول ههنا احتياجا الى بيان الاقرار لغة وشريعة وبيان قوله سببه وشرطه وركنه وحكمه ودليل كونه حجة اما الاقرار لغة فهو افعال من قر الشيء اذا ثبت فالاقرار اثبات لما كان متزلزلا بين الاقرار والجحود كذا في النهاية ومعراج الدراية واما شريعة فهو اخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه كذا في الكافي وعامة المتون والشروح وقال في العناية الاقرار مشتق من القرار فكان في اللغة عبارة عن اثبات ما كان متزلزلا وفي الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق انتهى اقول لقد اصاب صاحب العناية في بيان معنى الاقرار لغة ولم يصب في بيان معناه شريعة اما الاول فلان اخذ الاقرار في تعريف معنى الاقرار لغة كما فعله صاحب النهاية ومعراج الدراية مع كونه مؤديا الى المصادرة مما يختل به المعنى اذ لا معنى لكون اثبات ما كان متزلزلا بين الشيئين المخصوصين احد ذينك الشيئين كما لا يخفى وايضا الظاهر ان الاقرار في اللغة ليس بمخصوص باثبات تزلزل بين الشيئين المخصوصين بل هو عام لاثبات كل ما تزلزل بين الشيئين مطلقا كما يدل عليه ماخذ اشتقاقه وهو القرار بمعنى الثبوت مطلقا واما الثاني فلان الاخبار عن ثبوت الحق يتناول الدعوى والشهادة ايضا وانما يمتاز الاقرار الشرعي عنهما بقيد للغير على نفسه فان الدعوى اخبار عن ثبوت الحق لنفسه على الغير والشهادة اخبار عن ثبوت الحق للغير على الغير فلذا زيد في تعريف الاقرار الشرعي قيد للغير على نفسه كما فعله عامة الفقهاء ليخرج عنه الدعوى والشهادة واما اذا اطلق وقيل هو عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق كما فعله صاحب العناية فيدخل فيه الدعوى والشهادة فيختل التعريف ثم اقول في تعريف العامة ايضا شيء اما اولا فلانه قد تقرر في كتب الاصول ان التصرفات اما اثبات كالبيع والاجارة والهبة ونحوها واما اسقاطات كالطلاق والعتاق والعفو عن القصاص ونحوها ولا يخفى ان الاخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه لا يصدق على الاقرار بقسم الاسقاطات مطلقا فيلزم ان لا يكون تعريفهم المذكور جامعا واما ثانيا فلان اقرار المكره لآخر بشيء من الحقوق غير صحيح شرعا على ما صرحوا به مع انه يصدق عليه انه اخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه فيلزم ان لا يكون تعريفهم المذكور مانعا ويمكن ان يجاب عن الثاني بان كون اقرار المكره غير صحيح شرعا انما يقتضي ان لا يكون اقرارا صحيحا شرعا لا ان لا يكون اقرارا مطلقا في الشرع فيجوز ان يكون مقصودهم تعريف ما يطلق عليه الاقرار في الشرع سواء كان صحيحا او فاسدا وعن هذا ترى التعريفات المشهورة عند

قال وإذا أقر الحر العاقل البالغ بحق لزمه إقراره مجهولا كان ما أقر به أو معلوما اعلم أن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق

لكثير من العقود كالبيع والاجارة ونحوهما يتناول الصحيح منه والفاسد حتى ان كثيرا منهم تركوا قيد التراضي في تعريف البيع بحسب الشرع ليتناول بيع المكره كسائر البياعات الفاسدة كما صرحوا به في موضعه واما سبب الاقرار فارادة اسقاط الواجب عن ذمته باخباره واعلامه لئلا يبقى في تبعة الواجب واما شرطه فياتي في الكتاب واما ركنه فالالفاظ المذكورة فيما يجيء به موجب الاقرار واما حكمه فظهور ما اقر به لا ثبوته ابتداء الا يرى انه لا يصح الاقرار بالطلاق والعتاق مع الاكراه والانشاء يصح مع الاكراه عندنا ولهذا قالوا لو اقر لغيره بمال والمقر له يعلم انه كاذب في اقراره لا يحل له اخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى الا ان يسلمه بطيب من نفسه فيكون تمليكا مبتدأ على سبيل الهبة والملك يثبت للمقر له بلا تصديق وقبول ولكن يبطل برده والمقر له اذا صدقه ثم رده لا يصح رده كذا في الكافي وغيره وقال صاحب النهاية ومن محاسنه وحكمه لزوم ما اقر به على المقر وعمله اظهار المخبر به لغيره لا التمليك به ابتداء ويدل عليه مسائل احدها ان الرجل اذا اقر بعين لا يملكه لا يصح اقراره حتى لو ملكه المقر يوما من الدهر يؤمر بتسليمه الى المقر له ولو كان الاقرار تمليكا مبتدأ لما صح لانه لا يصح تمليك ما ليس بمملوك له والثانية ان الاقرار بالخمر للمسلم يصح حتى يؤمر بالتسليم اليه ولو كان تمليكا مبتدأ لم يصح والثالثة ان المريض الذي لا دين عليه اذا اقر بجميع ماله لاجنبي صح اقراره ولا يتوقف على اجازة الورثة ولو كان تمليكا مبتدأ لم ينفذ الا بقدر الثلث عند عدم اجازتهم والرابعة ان العبد الماذون اذا اقر لرجل بعين في يده صح اقراره ولو كان الاقرار سببا للملك ابتداء كان تبرعا من العبد وهو لا يجوز في الكثير واما دليل كونه حجة على المقر فالكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول اما الكتاب فقوله تعالى وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا بيانه ان الله تعالى امر باملاء من عليه الحق فلو لم يلزمه بالاملاء شيء لما امر به والاملاء لا يتحقق الا بالاقرار وهو ايضا نهي عن الكتمان وهو آية على لزوم ما اقر به كما في نهي الشهود عن كتمان الشهادة وقوله تعالى قال أأقررتم واخذتم على ذلكم اصري قالوا اقررنا بيانه انه طلب منهم الاقرار فلو لم يكن الاقرار حجة لما طلبه وقوله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم قال المفسرون شهادة المرء على نفسه اقرار وقوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة قال ابن عباس رضي الله عنه اي شاهد بالحق واما السنة فما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا باقراره بالزنا والغامدية باعترافها وقال في قصة العسيف واغد يا انيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فاثبت الحد بالاعتراف والحديثان مشهوران في كتب الحديث فلو لم يكن الاقرار حجة لما ثبت الحد به واذا كان حجة فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون حجة في غيره اولى واما الاجماع فان المسلمين اجمعوا على كون الاقرار حجة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير واما المعقول فان الخبر كان مترددا بين الصدق والكذب في الاصل ولكن ظهر رجحان الصدق على الكذب لوجود الداعي الى الصدق والصارف عن الكذب لان عقله ودينه يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب ونفسه الامارة بالسوء ربما تحمله على الكذب في حق الغير اما في حق نفسه فلا فصار عقله ودينه وطبعه دواعي الى الصدق زواجر عن الكذب فكان الصدق ظاهرا فيما اقر به على نفسه فوجب قبوله والعمل قال اي القدوري في مختصره واذا اقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه اي لزم المقر اقراره اي موجب اقراره او ما اقر به اقول يرد عليه النقض بما اذا اقر الحر البالغ العاقل بحق مكرها فانه لا يلزمه اقراره فكان لا بد من ذكر الطائع ايضا لا يقال تركه اعتمادا على ظهور كون الطوع والرضى من شروط صحة الاقرار لانا نقول ليس ظهوره بمثابة ظهور اشتراط العقل والبلوغ اللذين هما مدار الاحكام كلها ولم يتركهما مجهولا كان ما اقر به او معلوما هذا ايضا لفظ القدوري يعني لا فرق في صحة الاقرار ولزومه بين ان يكون ما اقر به معلوما او مجهولا كما سياتي تفصيله قال المصنف رحمه الله اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق اراد بهذا التنبيه على ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيما مضى لا انشاء الحق ابتداء لئلا

وانه ملزم لوقوعه دلالة الا ترى كيف الزم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ماعزا الرجم باقراره وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد الماذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص

يرد الاشكال بعينه الاقرار بحجر للمسلم وغير ذلك من المسائل المبنية على كون الاقرار اخبارا عما ثبت فيما مضى لا انشاء في الحال كما بيناها فيما مر ولم يرد بذلك تعريف الاقرار حتى يرد عليه انه يتناول الدعوى والشهادة ايضا فلم يكن مانعا عن دخول الاغيار كما زعمه بعض الشراح وانه ملزم اي وان الاقرار ملزم على المقر ما اقر به لوقوعه اي لوقوع الاقرار دلالة اي دليلا على وجود المخبر به كما يشهد به الكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول على ما فصلناه فيما مر وقد اشار المصنف رح الى بعض منها بقوله الا ترى كيف الزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا الرجم باقراره اي باقراره بالزنا وتلك المرأة اي كيف الزم تلك المرأة وهي الغامدية الرجم باعترافها اي باعترافها بالزنا ايضا فاذا كان ملزما فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون ملزما في غيره اولى كذا قالوا اقول يرد على ظاهره منع هذه الاولوية فان العبد المحجور عليه يصح اقراره بالحدود والقصاص ولا يصح اقراره بالمال على ما ذكره المصنف رح فيما سياتي فكان ملزما في حقه ما يندرئ بالشبهات دون غيره فتامل في الدفع وهو اي الاقرار حجة قاصرة على نفس المقر غير متعدية الى الغير لقصور ولاية المقر على غيره فيقتصر عليه اي على المقر نفسه حتى لو اقر مجهول الاصل بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق على اولاده وامهاتهم ومدبريه ومكاتبيه لانه قد ثبت حق الحرية او استحقاق الحرية لهؤلاء فلا يصدق عليهم بخلاف البينة فانها تصير حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فيتعدى الى الكل واما الاقرار فلا يفتقر الى القضاء فينفذ في حق المقر وحده كذا في الكافي وغيره واعلم ان هذا لا ينافي ما ذكروا ان الاقرار حجة شرعية فوق الشهادة بناء على انتفاء التهمة فيه لان القوة والضعف وراء التعدية والاقتصار فاتصاف الاقرار بالاقتصار على نفس المقر والشهادة بالتعدية الى الغير لا ينافي اتصافه بالقوة واتصافها بالضعف بالنسبة اليه بناء على انتفاء التهمة فيه دونها وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا اي في المال وغيره فان العبد الماذون وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار حتى اذا اقر بدين لرجل او بوديعة او عارية او غصب يصح لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص قال صاحب العناية وكان هذا اعتذارا عن قوله اذا اقر الحر ولعله لا يحتاج اليه لانه قال اذا اقر الحر صح اقراره وهذا صحيح واما ان غير الحر اذا اقر لزمه او لم يلزمه فساكت عنه ولا يرد عليه شيء اقول ليس ما ذكره بصحيح اذ قد صرحوا في مواضع شتى من هذا الكتاب وغيره بان التخصيص بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاخلاف حتى ان الشارح المذكور قال في اواخر فصل القراءة من باب النوافل من كتاب الصلاة فان قيل التخصيص بالذكر لا يدل على النفي قلنا ذلك في النصوص وفي الروايات انتهى فكيف يصح قوله ههنا واما ان غير الحر اذا اقر لزمه او لم يلزمه فساكت عنه ولو سلم ان لزوم اقرار غير الحر وعدم لزومه مسكوت عنه بالقصد لا ينفي لزومه ذلك بطريق مفهوم المخالفة لم يصح قوله فلا يرد عليه شيء اذ يرد عليه حينئذ استدراك قيد الحر فيحتاج الى الاعتذار عن ذكره وقال صاحب العناية ويصح ان يقال ليس بمعذرة وانما هو لبيان التفرقة بين العبيد في صحة اقرارهم بالحدود والقصاص وحجر المحجور عن الاقرار بالمال دون الماذون انتهى اقول ليس هذا ايضا بصحيح اما اولا فلانه لا يشك العاقل الناظر الى قول المصنف رح وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا الى اقراره في ان مراده به هو المعذرة عن ذكر قيد الحر لا لبيان التفرقة بين العبيد واما ثانيا فلانه لو كان قول المصنف رح هذا لبيان التفرقة بين العبيد لما كان لذكر قوله ويصح بالحدود والقصاص موقع اذ لا مدخل له في الفرق بينهم بل هو مهمل به لانهم متحدون في صحة اقرارهم بالحدود والقصاص فالمحمل الصحيح لكلام المصنف رح ههنا على فرض ان لا يكون المقصود منه المعذرة انما هو بيان الفرق بين القيود الثلاثة الواقعة في كلام القدوري فان قيد الحرية شرط لصحة الاقرار مطلقا لا شرط لصحة مطلق الاقرار بخلاف القيدين الآخرين اعني البلوغ والعقل تامل تقف ثم اقول بقي بحث في كلام المصنف رح ههنا اما اولا فلان كون العبد الماذون ملحقا بالحر في حق الاقرار كما يدل عليه قوله فان العبد الماذون وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار غير مسلم فانهم صرحوا بان العبد الماذون لا يصح اقراره بالمهر والكفالة وقيل بالجناية وقطع يد رجل عمدا او خطأ لانها ليست بتجارة وهو مسلط على التجارة لا غير ولا شك في صحة اقرار الحر

لان اقراره عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف الماذون له لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لانه يبقى على اصل الحرية فى ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولابد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي ماذونا له لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن

تبايك لاموره كان العبد الماذون ممن لايصح اقراره مطلقا بخلاف الحر اللهم الا ان يحمل قوله فان العبد الماذون وان كان ملحقا بالحر فى حق الاقرار على الغرض والمبالغة واما ثانيا فلان اقرار العبد المحجور عليه بالمال ياخذ فى حق نفسه ويلزمه المال بعد الحرية وان لم يلزمه فى الحال كما صرح به فى كتاب الحجر فى معنى نفى صحة اقراره بالمال ههنا بقوله لكن المحجور عليه لايصح اقراره بالمال لايقال مراده ههنا ان اقراره بالمال لايصح فى الحال لا انه لايصح مطلقا فيوافق ما ذكره فى كتاب الحجر لانا نقول لاشك ان مقصوده ههنا توجيه اشتراط الحرية فى مسئلة الكتاب والمذكور فى جواب هذه المسئلة لزوم الاقرار مطلقا اى بلا تقييد بالحال فلا يتم التقريب وايضا عدم اللزوم فى الحال يوجد فى الحر ايضا كما اذا اقر بالديون المؤجلة وكما اذا اقر الانسان بعين مملوكة للغير فانه لايلزمه فى الحال واذا ملكها يوما فيلزمه ويومر بتسليمها الى المقر له على ان الذى ذكره المصنف رح ههنا عدم صحة اقرار العبد المحجور عليه بالمال لا عدم لزومه ولا يلزم من عدم لزومه بالمال فى الحال كما ذكره فى كتاب الحجر عدم صحة اقراره به فى الحال فلا يتم التوفيق اللهم الا ان تحمل الصحة ههنا على اللزوم قال فى البدائع واما الحرية فليست بشرط لصحة الاقرار فيصح اقرار العبد الماذون بالدين والعين لما بينا فى كتاب الماذون وكذا بالحدود والقصاص وكذا العبد المحجور يصح اقراره بالمال لكن لاينفذ على المولى للحال حتى لا تباع رقبته بالدين بخلاف الماذون الا انه يصح اقراره فى حق نفسه حتى يواخذ به بعد الحرية لانه من اهل الاقرار لوجود العقل والبلوغ الا انه امتنع النفاذ على المولى للحال لحقه فاذا اعتق فقد زال المانع فيواخذ به وكذا يصح اقراره بالحدود والقصاص فيواخذ به للحال لانه نفسه فى حق الحدود والقصاص كالخارج عن ملك المولى ولهذا لو اقر المولى عليه بالحد والقصاص لايصح انتهى وقال فى التبيين وكون المقر حرا ليس بشرط حتى يصح اقرار العبد وينفذ فى الحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص وفيما فيه تهمة لايواخذ به فى الحال لانه اقرار على الغير وهو المولى ويواخذ به بعد العتق لزوال المانع وهو نظير ما لو اقر الحر الانسان بعين مملوكة لغيره لاينفذ للحال واما اذا ملكها يوما يومر بتسليمها الى المقر له لزوال المانع انتهى قال المصنف رح فى تعليل [illegible] لان اقراره اى اقرار العبد المحجور عليه عهد اى عرف موجبا لتعلق الدين برقبته الدين متضمنا لرق [illegible] بيعها [illegible] الرقبة لذا فى الكافى وغيره وهى اى رقبة العبد [illegible] المولى [illegible] بخلاف الماذون له لانه اى الماذون مسلط عليه اى على الاقرار من جهته اى من جهة المولى لان [illegible] لابد منه للتجارة وهو الاقرار اذ لو لم يصح اقراره لانسد عليه باب التجارة فان الناس لايبايعونه اذا علموا ان اقراره لايصح اذ [illegible] الاشهاد فى كل تجارة [illegible] معه كذا فى مبسوط شيخ الاسلام والذخيرة وبخلاف الحد والدم اى القصاص لانه اى لان العبد يبقى على اصل الحرية فى ذلك اى فى الحد والدم بتاويل المذكور ويجوز استعمال ذلك فى المثنى ايضا كما قالوا فى قوله تعالى عوان بين ذلك حتى لايصح اقرار المولى على العبد فيه اى فيما ذكر من الحد والقصاص لان وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الآدمية لا تزول بالرق كذا فى الشروح قال بعض الفضلاء هذا الاستدلال لايندفع ما لو قيل فى اقراره بالقصاص اهلاك رقبته التى هى مال المولى فيكون اقرارا على الغير والاولى ان يستدل عليه بما فى كتب الاصول انتهى اقول بل ذلك مدفوع لان المقصود بالقصاص اهلاك النفس واهلاك مالية رقبة العبد انما هو بالتبع فلا يكون اقراره بالقصاص اقرارا على الغير بالنظر الى ما هو المقصود منه اصالة ولا يضره لزوم اهلاك مال الغير بالتبع اذ كم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت اصالة وذكر فى كتب الاصول ان العبد يصح منه الاقرار بالحد والقصاص والسرقة المستهلكة لان الحيوة والدم حقه لاحتياجه اليهما فى البقاء ولهذا لايملك المولى ايلافهما ولايخفى ان ما توهمه ذلك القائل يتوجه الى ما ذكر فيها ايضا والمخلص ما حققناه ولابد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام فلا يلزمهما اقرارهما شئ الا اذا كان الصبي ماذونا له فحينئذ يصح اقراره فى قدر ما اذن له فيه لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن

وجهالة المقر به لا يمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة في المقر له لان المجهول لا يصلح مستحقا ويقال له بين المجهول لان التجهيل من جهته فصار كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره القاضي على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره وذلك بالبيان **قال** فان قال لفلان على شيء لزمه ان يبين ماله قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا **قال** والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك

لانحصار رأيه برأي الولي فيعتبر كالبالغ والنائم والمغمى عليه كالمجنون لانهما ليسا من اهل المعرفة والتمييز وهما شرطان لصحة الاقرار واقرار السكران جائز بالحقوق كلها الا بالحدود والخالصة والردة بمنزلة سائر التصرفات تنفذ من السكران كما تنفذ من الصاحي كذا في الكافي ومعراج الدراية وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار يعني لو كان المقر به مجهولا بان قال المقر لفلان على شيء او حق يصح الاقرار ويلزمه ما اقر به لان الحق قد يلزمه مجهولا يعني ان الحق قد يلزم الانسان مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يخرج جراحة لا يعلم ارشها الان الواجب في الجراحات ان يستاني حولا فلا يعلم في الحال موجبه او تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه اي بما بقي من الحساب علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به اي فيصح بكون المقر به مجهولا فان قلت الشهادة ايضا اخبار عن ثبوت الحق ايضا ومع ذلك تمنع صحتها بجهالة المشهود به فما الفرق بينهما قلت الشرع لم يجعل الشهادة حجة الا بعد العلم بالمشهود به قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي صلى الله عليه وسلم اذا رأيت مثل الشمس فاشهد والا فدع وان الشهادة لا توجب حقا الا بانضمام القضاء اليها والقضاء بالمجهول لا يتصور اما الاقرار فموجب بنفسه قبل اتصال القضاء به وقد امكن ازالة الجهالة بالاجبار على البيان فيصح بالمجهول ولهذا لا يصح الرجوع عن الاقرار ويصح الرجوع عن الشهادة قبل اتصال القضاء بها كذا في المبسوط بخلاف الجهالة في المقر له يعني انها تمنع صحة الاقرار فان المجهول لا يصلح مستحقا ذكر شيخ الاسلام في مبسوطه والناطفي في واقعاته ان جهالة المقر له انما تمنع صحة الاقرار اذا كانت متفاحشة بان قال هذا العبد لواحد من الناس اما اذا لم يكن متفاحشة بان قال العبد هذا لاحد هذين الرجلين فلا تمنع ذلك وقال شمس الائمة السرخسي لا يصح الاقرار في هذه الصورة ايضا لانه اقرار للمجهول وانه لا يفيد لان فائدة الجبر على البيان ثم لا يجبر على البيان هنا لانه انما يجبر لصاحب الحق وهو مجهول وفي الكافي والاصح انه يصح لانه يفيد اذ فائدته وصول الحق الى المستحق وطريق الوصول ثابت لانهما اذا اتفقا على اخذه فلهما حق الاخذ انتهى قال في شرح الطحاوي وكذلك جهالة المقر تمنع صحة الاقرار نحو ان يقول لرجل لك على احدنا الف درهم لان المقضي عليه مجهول وهكذا ذكر في كثير من شروح هذا الكتاب نقلا عنه اقول في تمثيل جهالة المقر بالمثال المذكور نظر اذ الظاهر ان الجهالة فيه في المقر عليه لا في المقر لا يتيقن فيه هو المتكلم والاولى في تمثيل ذلك ان يقال نحو ان يقول لرجل احد من جماعة او من اثنين لك على الف ولا يدري ايهم او ايهما قال ويقال له بين المجهول هذا لفظ القدوري في مختصره يعني يقال للمقر فيما اقر مجهولا بين المجهول لان التجهيل من جهته اي من جهة المقر يعني ان الاجمال وقع من جهته فعليه البيان ولكن لا بد من ان يبين شيئا يثبت دينا في الذمة قل او كثر نحو ان يبين حبة او فلسا او جوزة او ما اشبه ذلك اما اذا بين شيئا لا يثبت في الذمة فلا يقبل منه نحو ان يقول عنيت حق الاسلام او كفا من تراب او نحوه كذا في شرح الطحاوي وذكر في غاية البيان فصار كما اذا اعتق احد عبديه اي فصار اقراره بالمجهول كما اذا اعتق احد عبديه في وجوب البيان عليه فان لم يبين اي فان لم يبين المقر ما اجمله اجبره الحاكم على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره بالباء الجارة وفي بعض النسخ بصريح اقراره وذلك اي الخروج عما لزمه بصحيح اقراره بالبيان لا غير وبه قال الشافعي رح ومالك رح واحمد رح وعن الشافعي رح في قول ان وقع الاقرار المبهم في جواب دعوى وامتنع عن التفسير يجعل ذلك انكارا منه ويعرض اليمين عليه فان اصر جعل ناكلا عن اليمين وحلف المدعي وان اقر ابتداء ... فاذا ادعى او اقر او انكر يجري عليه حكمه كذا في معراج الدراية فان قال لفلان على شيء لزمه ان يبين ماله قيمة هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف رح في تعليله لانه اخبر عن الوجوب في ذمته كما يدل عليه لفظة على لانها للايجاب والالزام وما لا قيمة له لا يجب فيها اي في الذمة فاذا بين غير ذلك اي غير ماله قيمة يكون رجوعا عن الاقرار فلا يقبل قال اي القدوري في مختصره والقول قوله اي قول المقر مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر منه اي مما بينه يعني اذا بين المقر ماله قيمة فما يثبت في الذمة مكيلا كان او موزونا او عدديا نحو كر حنطة او فلس او جوزة فاما ان يساعده

لانه هو المنكر فيه وكذا اذا قال لفلان علي حق لما بينا وكذا لو قال غصبت منه شيئا ويجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة

المقر له اولا فان ساعده اخذه وان لم يساعده بل ادعى عليه الزيادة فالقول قول المقر مع يمينه لانه اي لان المقر هو المنكر فيه اي فيما يدعي عليه المقر له من الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه قال المصنف وكذا اذا قال لفلان علي حق اي لزمه هنا ايضا ان يبين بالقيمة لما بينا انه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها وذكر في المحيط والمستزاد ولو قال الرجل لفلان علي حق ثم قال مفصولا عنيت به حق الاسلام لا يصدق وان قال موصولا يصدق لانه بيانا يعتبر باعتبار العرف لانه لا يراد به في العرف حق الاسلام وانما يراد به حقوق مالية كذا في الكافي وكذا لو قال غصبت منه شيئا هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة القدوري يعني لو قال غصبت من فلان شيئا صح اقراره ولزمه البيان ايضا والحاصل ان كل تصرف لا يشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهالة صحيح وذلك كالغصب والوديعة فان الجهالة لا تمنع تحقق الغصب والوديعة فان من غصب من رجل مالا مجهولا في كيس او اودعه مالا مجهولا في كيس فانه يصح الغصب والوديعة ويثبت حكمهما وكل تصرف يشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهالة لا يصح وذلك كالبيع والاجارة فان من اقر انه باع من فلان شيئا او اجر من فلان شيئا او اشترى من فلان كذا الشيء لا يصح ولا يجبر المقر على تسليم شيء وهذا لان الثابت بالاقرار كالثابت معاينة ولو عاينا انه باع منه شيئا مجهولا لا يجب تسليم شيء بحكم هذا البيع لكونه فاسدا فكذا اذا ثبت بالاقرار ولو عاينا انه غصب شيئا مجهولا في كيس يجبر على الرد فكذا اذا ثبت بالاقرار واذا صح الاقرار بالغصب مع الجهالة يجبر المقر على البيان حقا للمقر له كذا في الكافي والمحيط البرهاني ويجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة اي اعتمادا عليها واعلم انه ذكر في المبسوط رجل قال غصبت من فلان شيئا فالاقرار صحيح ويلزمه ان يبينه ولا بد من ان يبين شيئا هو مال لان الشيء حقيقة اسم لما هو موجود مالا كان او غير مال الا ان لفظ الغصب دليل على المالية فيه فان الغصب لا يرد الا على ما هو مال وما ثبت بدلالة اللفظ فهو كالملفوظ كقوله اشتريت من فلان شيئا يكون اقرار الشراء ما هو مال لان الشراء لا يتحقق الا فيه ولا بد ان يبين مالا يجري فيه التمانع بين الناس حتى لو فسره بحبة حنطة لا يقبل ذلك منه لان اقراره بالغصب دليل على انه كان ممنوعا من جهة صاحبه حتى غلب عليه فغصبه وهذا مما يجري فيه التمانع فاذا بين شيئا بهذه الصفة قبل بيانه لان هذا بيان مقرر لاصل كلامه وبيان التقرير يصح موصولا كان او مفصولا ويستوي ان بين شيئا يضمن بالغصب او لا يضمن بعد ان يكون بحيث يجري فيه التمانع حتى اذا بين ان المغصوب خمر فالقول قوله وكذلك ان بين ان المغصوب دار فالقول قوله وان كانت لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة رحمه الله واختلفت المشائخ فيما اذا بين ان المغصوب زوجته او ولده فمنهم من يقول بيانه مقبول لانه موافق لمبهم كلامه فان لفظ الغصب يطلق على الزوج والولد عادة والتمانع فيه يجري بين الناس اكثر مما يجري في الاموال واكثرهم على انه لا يقبل بيانه بهذا لان حكم الغصب لا يتحقق الا فيما هو مال فبيانه بما ليس بمال يكون انكارا للحكم الغصب بعد اقراره بسببه وذلك غير صحيح منه الى هنا لفظ المبسوط وصرح في الايضاح وغيره بان الاول وهو مقبول بيانه بان المغصوب زوجته او ولده اختيار مشائخ العراق والثاني وهو عدم قبول بيانه بذلك اختيار مشائخ ما وراء النهر واذ قد عرفت ذلك تبين لك ان المصنف هاهنا اختار قول مشائخ ما وراء النهر حيث قال ويجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة يعني ان مطلق اسم الغصب ينطلق على اخذ مال متقوم في العرف هذا قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وكذا لو قال غصبت منه شيئا وجب عليه ان يبين ما هو مال حتى لو بين ان المغصوب زوجته او ولده لا يصح وهو اختيار لمشائخ ما وراء النهر وقيل يصح وهو اختيار مشائخ العراق والاول اصح لان الغصب اخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال ولا بد ان يبين ما يجري فيه التمانع حتى لو بين في حبة حنطة او في قطرة ماء لا يصح لان العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت مكذبة له في بيانه ولو بين في العقار او في خمر المسلم يصح لانه مال يجري فيه التمانع فان قيل الغصب اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده وهو لا يصدق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض التعريف او عدم قبول البيان فيهما

ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه لانه هو المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير لان كل ذلك مال فانه اسم لما يتمول به الا انه لا يصدق في اقل من درهم لانه لا يعد مالا عرفا ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم لانه اقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب مال عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغني عظيم عند الناس وعن ابي حنيفة رح انه لا يصدق في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة فانه عظيم حيث يقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب

فالجواب ان ذلك حقيقته وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف في موضعه وقد اشار اليه بقوله تعويلا على العادة الى هنا كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان صحة ما ذكره في هذا الجواب من ان حقيقة الغصب تترك بدلالة العادة تنافي صحة ما ذكره في تعليل صحة اختيار مشائخ ما وراء النهر فيما لو بين ان المغصوب صبيا او ولده من ان الغصب اخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال لان مشائخ العراق يقولون ان لفظ الغصب يطلق على الزوج والولد عادة والتمانع فيه يجري بين الناس اكثر مما يجري في الاموال كذا صرح به في المبسوط وغيره وليس يخفى هذا القول منهم الا ان حقيقة الغصب تترك في ذلك بدلالة العادة فكيف يصح تعليل صحة اختيار مشائخ ما وراء النهر فيه بان الغصب اخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال واما ثانيا فلان قوله وقد اشار اليه بقوله تعويلا على العادة لا يكاد يصح لان قول المصنف تعويلا على العادة علة لوجوب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع ومعناه ان حقيقة الغصب وان تناولت ما يجري فيه التمانع من الاموال وما لا يجري فيه التمانع منها الا ان العادة خصصته بالاول فلا بد ان يبين ذلك ومقصوده الاحتراز عما لو بين حبة حنطة او قطرة ماء فانه لا يصح قطعا واما ان حقيقة الغصب تترك بدلالة العادة الى ما هو اعم منها فلا اشارة اليه في كلامه اصلا وكيف ولو صح ذلك عنده وكان في كلامه اشارة اليه لما صح القول منه بوجوب ان يبين مالا اذ العادة جارية قطعا على اطلاق لفظ الغصب على ما ليس بمال كالزوجة والولد اطلاقا جاريا على اللغة لا على حقيقة الشرعية وبالجملة ان كلام المصنف ههنا مسوق على ما هو مختار مشائخ ما وراء النهر دون مختار مشائخ العراق وفيما ذكره صاحب العناية خلط المذهبين قال ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه وهذا لفظ القدوري في مختصره يعني لو قال احد في اقراره لفلان علي مال فالرجوع الى المقر في بيان قدر المال قال المصنف رح في تعليله لانه هو المجمل يعني ان المقر هو المجمل والرجوع في بيان المجمل الى المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير وهذا من تتمة كلام القدوري قال المصنف في تعليله لان كل ذلك مال فانه اي المال اسم لما يتمول به وذلك موجود في القليل والكثير ثم قال المصنف رح الا انه اي المقر لا يصدق في اقل من درهم والقياس ان يصدق فيه ايضا لانه مال وفي الاستحسان لا يصدق فيه ووجهه ترك الحقيقة بدلالة العرف وقد اشار اليه بقوله لانه اي الاقل من درهم لا يعد مالا عرفا فان ما دون الدرهم من الكسور لا يطلق اسم المال عليه عادة كذا في المبسوط قال الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد ولو قال له علي مال كان القول قوله فيه وفي درهم مال ثم قال وهذا اللفظ يوهم انه لا يقبل قوله اذا بين اقل من درهم وقال بعضهم ينبغي ان يقبل قوله في البيان لان اسم المال منطلق على نصف درهم وسدس درهم كما ينطلق على الدرهم ثم قال والصحيح انه لا يقبل لان المال الذي يدخل تحت الالتزام والاقرار لا يكون اقل من درهم وهذا ظاهر في حكم العادة فحملنا عليه انتهى كلامه وقال الناطفي في اجناسه وفي نوادر هشام قال محمد رح لو قال لفلان علي مال له ان يقر بدرهم ثم قال وقال في الهاروني لو قال لفلان علي مال هو على عشرة دراهم جياد ولا يصدق في اقل منه في قول ابي حنيفة رح وزفر رح وقال ابو يوسف رح يصدق في ثلثة دراهم ولا يصدق في اقل منه الى ههنا لفظ الاجناس ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم هذا لفظ القدوري يعني لو قال لفلان علي مال عظيم فعليه ما يجب فيه الزكوة وهو مائتا درهم وقال الشافعي رح هو مثل الاول قلنا فيه الغاء الوصف العظيم فلا يجوز وقد اشار المصنف رح اليه بقوله لانه اقر بمال موصوف اي موصوف بمال بوصف العظم فلا يجوز الغاء الوصف بل لا بد من البيان بما يعد عظيما عند الناس والنصاب مال عظيم في الشرع والعرف حتى اعتبر صاحبه غنيا به فاوجب عليه مواساة الفقراء والغني عظيم عند الناس فكان فيما قلنا رعاية حكم الشرع والعرف وهذا قول ابي يوسف ومحمد رح ولم يذكر في الاصل قول ابي حنيفة رح في هذا الفصل فاختلفت رواية المشائخ عنه فيه فاراد المصنف بيان ذلك فقال وعن ابي حنيفة رح اي روي عنه انه اي المقر في هذا الفصل لا يصدق في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة ونصاب المهر ايضا لانه اي لان هذا النصاب عظيم حيث يقطع به اليد المحترمة ويستباح به البضع المحترم وعنه اي عن ابي حنيفة رح مثل جواب الكتاب اي مثل ما ذكر في مختصر القدوري من انه لا يصدق في اقل من

وهذا اذا قال من الدراهم اما اذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفي الابل بخمس وعشرين لانه ادنى نصاب يجب من جنسه وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب ولو قال اموال عظام فالتقدير بثلاثة نصب من جنس ما سماه اعتبارا لادنى الجمع ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لم يصدق في اقل من مائتين

مائتي درهم قال في غاية البيان وهو الصحيح لانه لم يذكر عددا حتى تجب مراعاة اللفظ فيه فاوجبنا التعظيم من حيث المعنى وهو المال الذي يجب فيه الزكوة لانه اقل مال له خطر في الشرع انتهى وذكره صاحب العناية ايضا تقبل خطلا قوله لانه اقل مال له خطر في الشرع اقول فيه بحث لان التعليل المذكور لا يفيد كون ما في هذه الرواية هو الصحيح لان ايجابنا التعظيم من حيث المعنى امر مقرر على كلتي الروايتين وانما النزاع في ان ذلك العظيم ما ذا اهل هو نصاب الزكوة ام نصاب السرقة والمهر فقوله وهو المال الذي يجب فيه الزكوة غير مسلم على الرواية الاخرى وكذا قوله لانه اقل مال له خطر في الشرع اذ لصاحبها ان يقول بل هو المال الذي يجب فيه قطع اليد المحترمة ويستباح به البضع المحترم وهو اقل مال له خطر في الشرع فلم يتم التقريب قال شمس الائمة السرخسي رح والاصح على قول ابي حنيفة رح انه يبني على حال المقر في الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم واضعاف ذلك عند الغني حقير كما ان المائتين عظيم في حكم الزكوة فالعشرة عظيم في حكم قطع يد السارق وتقدير المهر بها فوقع التعارض فيرجع الى حال المقر كذا في فتاوى قاضيخان وذكر في بعض الشروح وهذا اي ما ذكر من انه لا يصدق في اقل من مائتي درهم اذا قال من الدراهم اي اذا قال على مال عظيم من الدراهم سواء قال كذلك ابتداء او قال في الابتداء له على مال عظيم ثم بين مراده من المال العظيم بالدراهم فقول صاحبي النهاية ومعراج الدراية في شرح قول المصنف رح هذا اذا قال من الدراهم اي بين وقال ان مرادي بالمال العظيم الدراهم لا يخلو عن تقصير اما اذا قال من الدنانير اي اذا قال ذلك ابتداء او ثانيا عند البيان فالتقدير فيها اي في الدنانير بالعشرين اي بعشرين مثقالا لانه نصاب الزكوة في الذهب وفي الابل بخمس وعشرين يعني وفيما اذا قال من الابل يقدر بخمس وعشرين ابلا لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه كعشرين مثقالا في الدنانير ومائتي درهم في الدراهم والحاصل انه اذا بين جنسا من الاجناس الاموال الزكوية فالمعتبر اقل ما يكون نصابا في ذلك الجنس فان قيل ينبغي ان يقدر في الابل بخمس قال لانه يجب فيها شاة فكان صاحبها بها غنيا قلنا هي مال عظيم من وجه حتى يجب فيها الزكوة وليست بمال عظيم من وجه حتى لا يجب فيها من جنسها فاعتبرنا ما تكون ليكون عظيما مطلقا اذ المطلق ينصرف الى الكامل كذا في الكافي وفي بعض الشروح وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب يعني وفيما اذا بين بغير مال الزكوة يقدر بقيمة النصاب اي بقدر النصاب قيمته ولو قال اموال عظام اي ولو قال على اموال عظام بصيغة الجمع فالتقدير بثلاثة نصب من جنس ما سماه اي من اي نوع سماه حتى لو قال من الدراهم كان التقدير بستمائة درهم ولو قال من الدنانير كان بستين مثقالا ولو قال من الابل كان بخمس وسبعين الى غير ذلك من الاجناس وانما كان كذلك اعتبارا لادنى الجمع فان ادنى الجمع ثلثة فيحمل على ثلثة اموال عظام وهي ثلثة نصب من جنس ما سماه ولو قال على مال نفيس او كريم او خطير او جليل قال الناطفي لم اجده منصوصا وكان الجرجاني يقول يلزمه مائتان كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الايضاح والذخيرة وفي غاية البيان نقلا عن الفتاوى الصغرى قال شمس الائمة البيهقي في كفايته عن ابي يوسف رح قال لفلان على دراهم مضاعفة تلزمه ستة لان اقل الدراهم ثلثة وللتضعيف ادنى مرة فيضعف مرة قال له على دراهم اضعافا مضاعفة او قال مضاعفة اضعافا فعليه ثمانية عشر لان الاضعاف جمع الضعف فيضاعف ثلثة ثلث مرات فيكون تسعة وقوله مضاعفة تقتضي ضعف ذلك فيقتضي ثمانية عشر وفي الصورة الاخرى الدراهم المضاعفة ستة واضعافها ثلث مرات فيكون ثمانية عشر قال على عشرة دراهم مضاعفة عليه ثلثون درهما لان اضعاف العشرة ثلثون فاذا ضممت الى العشرة كان اربعين فاوجبنا مضاعفة فيكون ثمانين ولو قال دراهم كثيرة اي لو قال له على دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة دراهم هذا لفظ القدوري قال المصنف رح وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يصدق في اقل من مائتين ويصدق في ثلثة دراهم ولا يصدق في اقل من ذلك وكذلك لو قال لفلان على دنانير كثيرة لم يصدق عند ابي حنيفة رح في اقل من عشرة مثقالا وعند الشافعي رح في اقل من ثلثة دنانير كذا ذكر في الاختلاف شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وقال القدوري

قال قيل النصب

لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع
يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه

في كتاب الغريب روى ابن سماعة عن ابي يوسف رح عن ابي حنيفة رح مثل قولهما وجه قول الشافعي رح انه وصف الدراهم مثلا بصفة لا يمكن العمل بها وهي الكثرة فيلغو ذكرها وذلك لان اثبات صفة الكثرة لقدر من المقادير بالكثرة على التعيين غير ممكن لا باعتبار الحقيقة ولا باعتبار العرف ولا باعتبار الحكم اما من حيث الحقيقة فلان الكثرة امر اضافي فيصدق بعد الواحد على كل عدد واما من حيث العرف فلان الناس متفاوتون في ذلك فكم من كثير عند قوم قليل عند الآخرين واما من حيث الحكم فلان حكم الشرع يتعلق تارة بالعشرة عند البعض وبما دونه عند الآخر كما في نصاب السرقة والمهر ويتعلق تارة بالمائتين كما في نصاب الزكوة وفي حرمة الصدقة ويتعلق تارة بالاكثر من المائتين كما في الاستطاعة للحج في الاماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها اصلا فاذا تعذر العمل بها لغا ذكرها فيعمل بقوله دراهم ويصرف الى ثلثة ووجه قول ابي يوسف رح ومحمد رح ما اشار اليه المصنف رح بقوله لان صاحب النصاب يعني صاحب الزكوة مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بدفع زكوته والتصدق على الفقير بخلاف ما دون النصاب فان صاحبه مقل ولهذا لم يلزمه مواساة غيره قال صاحب العناية في تقرير دليلهما وقالا امكن العمل بها اي بالكثرة حكما لان في النصاب كثرة حكمية فالعمل به اولى من الالغاء انتهى اقول فيه نظر لان نصاب الزكوة وان كان له كثرة في ترتب حكم وجوب الزكوة الا ان نصاب السرقة والمهر وهو العشرة عندنا له ايضا كثرة في ترتب حكم ثبوت قطع اليد واستباحة البضع وكذا الاكثر من المائتين لما يحصل به الاستطاعة في الحج من الاماكن البعيدة له كثرة في حكم ترتب وجوب الحج فوقع التعارض بين هاتيك الكثرات الحكمية فلم يمكن العمل باحدها على التعيين فقوله لان في النصاب كثرة حكمية لا يجدي شيئا وهو ظاهر وكذا قوله فالعمل به اولى من الالغاء لان اولوية العمل به من الالغاء لا يستلزم اولوية العمل به من العمل بما فيه كثرة اخرى فلا يتم المطلوب قال صاحب الغاية في تقرير دليلهما ولابي يوسف رح ومحمد رح ان العمل بهذه الصفة وان تعذر من حيث الحقيقة والعرف كما قال الشافعي رح امكن العمل بها حكما والالغاء من كلام العاقل ما امكن تصحيحه فيجب حمل الكثرة على الكثير من حيث الحكم حتى لا تلغو هذه الصفة فصار كانه قال لفلان علي دراهم كثيرة حكما والدراهم الكثيرة حكما من كل وجه مائتا درهم لانها كثيرة شرعا في حق القطع والمهر ووجوب الزكوة وحرمة الصدقة واما العشرة ان كانت كثيرة في حق القطع وجواز النكاح ففي حق حرمة الصدقة ووجوب الزكوة قليل ومطلق الاسم ينصرف الى الكامل منه لا الى الناقص واقل ما يطلق عليه اسم الكثرة حكما من كل وجه مائتا درهم فاما العشرة فبين القليل والكثير من حيث الحكم فكان ناقصا من حيث الكثرة حكما انتهى كلامه اقول فيه ايضا نظر لان ما بسطه وان افاد في الظاهر اولوية حمل الدراهم الكثيرة على المائتين من حملها على العشرة لكن لم يفد اولوية حملها على المائتين من حملها على الاكثر من المائتين مما يترتب عليه حكم وجوب الحج من الاماكن البعيدة كما ادرجه نفسه ايضا في تقرير دليل الشافعي رح بل افاد اولوية العكس لان الاكثر من المائتين هو الذي يتحقق فيه الكثرة حكما من كل وجه فانه كثير في حق وجوب الحج ايضا من الاماكن البعيدة واما المائتان فهو بين القليل والكثير بالنظر الى حكم الحج من الاماكن البعيدة فكان ناقصا من حيث الكثرة حكما فلم يتم المطلوب تامل وله اي ولابي حنيفة رحمه الله ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع اي عند كونه مميزا للعدد يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما يعني ان العدد اذا جاوز العشرة يصير مميزه مفردا لا جمعا فيكون اي العشرة هو الاكثر من حيث اللفظ اي من حيث الالفاظ عليه فيصرف اليه لان العمل بما دل عليه اللفظ اذا كان ممكنا ولم يوجد مانع من الصرف اليه لا يعدل الى غيره كذا في العناية لا يقال ينبغي ان يصدق فيما بين الثلثة والعشرة لانه كثير لانا نقول لما ذكر الكثرة صار كذكر الجنس فيستغرق اللفظ ما يصلح له كذا في غاية البيان اقول بقي ههنا شيء وهو ان كون العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع انما هو عند اقتران اسم الجمع بالعدد بان يكون مميزا له كما نبهنا عليه آنفا لا عند الانفراد عنه فانه يجوز ان يراد بجمع الكثرة حال الانفراد ما فوق العشرة الى ما لا نهاية له كما لا يخفى على العارف في اللغة ومسئلتنا مفروضة في حال انفراد الدراهم عن ذكر العدد فما معنى اعتبار حكم حال الاقتران فيها البتة قال صدر الشريعة في شرح الوقاية في تعليل قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة لان جمع الكثرة اقله عشرة

ولو قال دراهم فهي ثلثة لانها اقل الجمع الصحيح الا ان يبين اكثر منها لان اللفظ يحتمله وينصرف الى الوزن المعتاد

قوله ليس ذلك بصحيح اما اولا فلان جمع الكثرة اقله احد عشر لا عشرة على ما تقرر في علم النحو قال الفاضل الرضي قالوا مطلق الجمع على ضربين قلة وكثرة والمراد بالقليل من الثلثة الى العشرة والحدان داخلان وبالكثير ما فوق العشرة انتهى واما ثانيا فلانه لو كانت علة قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة كون اقل جمع الكثرة عشرة لزم ان لا يصدق ايضا عنده في اقل من عشرة فيما اذا قال له علي دراهم بدون ذكر وصف الكثرة مع انه يصدق هناك في ثلثة بالاتفاق كما سياتي والاولى في تعليل قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة ما ذكره صاحب الغاية حيث قال ولابي حنيفة رح ان الكثرة من حيث الحكم غير مذكور ايضا وانما ثبت ضرورة ان لا تصغر منه الكثرة لغوا فان العمل بها باعتبار الحقيقة في العرف متعذر وما ثبت مقتضى صحة الغير يثبت ادنى ما يصح به الغير وادنى ما يثبت به الكثرة من حيث الحكم عشرة دراهم فان القطع متعلق شرعا بالكثير من المال لا بالقليل على ما روي انه كان لا يقطع في الشئ التافه ثم اعتبر النصاب في حق القطع واستباحة البضع عشرة فيلزمه عشرة انتهى قال الشيخ ابو نصر البغدادي في الفرق لابي حنيفة رح بين قوله دراهم كثيرة وبين قوله مال عظيم ان قوله دراهم كثيرة يفيد العدد لان الكثرة تكون بزيادة العدد فاعتبر الكثرة التي ترجع الى العدد وقوله مال عظيم لا يتضمن عددا فوجب ان يحمل على المتقوم لا من حيث العدد والعظيم في الشرع ما يصير به غنيا فيجب الزكوة فيه فاعتبر ذلك قوله ولو قال دراهم فهي ثلثة هذا لفظ القدوري في مختصره يعني لو قال له علي دراهم وجب عليه ثلثة دراهم بالاتفاق قال المصنف في تعليله لانها اقل الجمع الصحيح يعني ان الدراهم جمع واقل الجمع الصحيح ثلثة فيلزمه ثلثة لكونه متيقنا فيه بحث لانه ان كان لفظ الصحيح في قوله لانه اقل الجمع الصحيح صفة الجمع كما هو المتبادر من ظاهر التركيب يرد عليه ان الدراهم ليس بجمع صحيح بل هو جمع مكسر فلم يطابق الدليل المدعي وان كان صفة لاقل كما يشعر به قول صاحب الكافي لانه ادنى الجمع المتيقن عليه وقول صاحب العناية لانه اقل الجمع الذي لا خلاف فيه بخلاف المثنى يتوجه عليه ان كون اقل الجمع ثلثة انما هو في جمع القلة دون جمع الكثرة فان اقل جمع الكثرة احد عشر كما مر بيانه آنفا والدراهم جمع كثرة اذ قد تقرر في كتب النحو ان جميع امثلة الجمع المكسر جمع كثرة سوى الامثلة الاربعة المعروفة وهي أفعُل وأفعال وأفعلة وفِعلة عند الكل وسوى فَعَلة كاكلة عند الفراء وسوى افعلاء كاصدقاء في نقل التبريزي ولفظ الدراهم ليس من احد تلك الامثلة فكان جمع كثرة قطعا فلم يتم المطلوب ثم اقول يمكن الجواب عن ذلك بوجهين من اختيار الشق الثاني من الترديد الاول ان الفاضل الرضي صرح بان كل جمع تكسير للرباعي الاصلي حروفه مشترك بين القلة والكثرة ولا شك ان الدراهم من هذا القبيل فلما اشترك بين القلة والكثرة كان اقله المتيقن هو الثلثة فتم المطلوب والثاني ان المحقق التفتازاني قال في التلويح في اوائل مباحث اللفظ العام بصدد تحقيق ما ذهب اليه اكثر الصحابة والفقهاء وائمة اللغة من ان اقل الجمع ثلثة واعلم انهم لم يفرقوا في هذا المقام بين جمع القلة وجمع الكثرة فدل بظاهره على ان التفرقة بينهما انما هي في جانب الزيادة يعني ان جمع القلة مختص بالعشرة فما دونها وجمع الكثرة غير مختص لا انه مختص بما فوق العشرة وهذا اوفق بالاستعمالات وان صرح بخلافه كثير من الثقات انتهى كلامه فيجوز ان يكون مدار الدليل المذكور على ما هو الاوفق بالاستعمالات وتقريرات ائمة الاصول من كون التفرقة بين جمعي القلة والكثرة في جانب الزيادة لا في جانب النقصان فتدبر قوله الا ان يبين اكثر منها هذا من تتمة كلام القدوري في مختصره يعني الا ان يبين المقر اكثر من الثلثة فحينئذ يلزمه ما بينه قال المصنف لان اللفظ اي لفظ الجمع يحتمله اي يحتمل الاكثر من الثلثة ولا تهمة فيه لكونه عليه لا له وينصرف الى الوزن المعتاد اي الى الوزن المتعارف وهو غالب نقد البلد لان المطلق من الالفاظ ينصرف الى المتعارف كما مر في البيوع ولا يصدق في اقل من ذلك لانه يريد الرجوع عما اقتضاه كلامه قال في التحفة وان لم يكن فيه شئ متعارف يحمل على وزن سبعة فان الوزن المعتبر في الشرع وهكذا ذكر في النهاية وقال في البدائع وان كان الاقرار في بلد يتعاملون فيه بدراهم وزنها ينقص من وزن سبعة يقع اقراره على ذلك الوزن لانصراف مطلق الكلام الى المتعارف حتى لو ادعى وزنا

ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر درهما لانه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد عشر ولو قال كذا وكذا لم يصدق في اقل من احد وعشرين لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم

اقل من وزن بلده لا يصدق الا ان يكون موصولا ولو كان في البلد اوزان مختلفة يعتبر فيه الغالب كما في نقد البلد فان استوت يحمل على اقل الاوزان لانه متيقن وفي الزيادة مشكوك فيها فلا يثبت مع الشك انتهى اقول ما بين المذكورين في التحفة والبدائع في صورة التساوي تفاوت بل تخالف لا يخفى ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر درهما هذا لفظ القدوري في مختصره يعني لو قال له علي كذا كذا درهما لزمه احد عشر درهما ولم يعتبر قوله في اقل من ذلك قال المصنف في تعليله لانه اي المقر ذكر عددين مبهمين اذ ذكر لفظين هما كنايتان عن العدد المبهم ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك اي اقل ما كان عددين ليس بينهما حرف العطف من المفسر اي من العدد المفسر المصرح به احد عشر والاكثر تسعة عشر فانه يقال احد عشر الى تسعة عشر فيلزمه الاقل المتيقن من غير بيان وفي الزيادة تقف على بيانه ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق في اقل من احد وعشرين هذا ايضا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره يعني ان لفظ كذا كناية عن العدد والاصل في استعماله اعتباره بالمفسر اي بالعدد الصريح فما له نظير في الاعداد المفسرة يحمل على اقل ما يكون من ذلك النوع لكونه متيقنا فاذا قال له علي كذا كذا درهما فكانه قال له علي احد عشر درهما واذا قال له علي كذا وكذا درهما وكانه قال له علي احد وعشرون درهما ولو قال كذا درهما فهو درهم هذه المسئلة ذكرها المصنف تفريعا على مسئلة القدوري ولم يذكرها محمد رحمه الله في الاصل يعني لو قال له علي كذا درهما فالواجب عليه درهم واحد لانه اي الدرهم في قوله كذا درهما تفسير للمبهم اي تمييز للشيء المبهم وهو كذا لانه كناية عن العدد المبهم واقله المتيقن واحد فيحمل عليه وذكرت هذه المسئلة في بعض المعتبرات كالذخيرة والمحيط والتتمة وفتاوى قاضيخان على خلاف ما ذكره المصنف فانه قال في الذخيرة والمحيط وفي الجامع الصغير اذا قال لفلان علي كذا درهما فعليه درهمان لان هذا اقل ما يعد لان الواحد لا يعد حتى يكون معه شيء آخر وقال في التتمة وفي الجامع الاصغر اذا قال كذا دينارا فعليه ديناران لان هذا اقل ما يعد لان الواحد لا يعد حتى يكون معه شيء آخر وقال في فتاوى قاضيخان لو قال لفلان علي كذا دينارا فعليه ديناران لان كذا كناية عن العدد واقل العدد اثنان انتهى اقول فيما ذكر في تلك الكتب نظر لان عدم كون الواحد من العدد انما هو في اصطلاح الحساب اما في الوضع واللغة فهو من العدد قطعا وعن هذا ترى ائمة اللغة والنحو قاطبة جعلوا اصول العدد اثنتي عشرة كلمة واحد الى عشرة ومائة والف وقال العلامة الجوهري في صحاحه الاحد بمعنى الواحد وهو اول العدد انتهى وقال المحقق الرضي في شرح الكافية لا خلاف عند النحاة في ان لفظ واحد واثنان من اسماء العدد وعند الحساب ليس الواحد من العدد لان العدد عندهم هو الزائد على الواحد ومنع بعضهم ان يكون الاثنان من العدد انتهى ولا شك ان كون كذا كناية عن العدد ليس بمبني على اصطلاح الحساب بل هو امر جار على اصل الوضع واللغة فكون اقل العدد اثنين عند الحساب لا يقتضي كون الواجب على المقر في المسئلة المذكورة درهمين كما لا يخفى قال صاحب غاية البيان كان ينبغي ان يلزمه في هذه المسئلة احد عشر لانه اول العدد الذي يقع مميزه منصوبا واذا كان كذلك ينبغي ان لا يصدق في درهم والقياس فيه ما قاله في مختصر الاسرار واذا قال له علي كذا درهما لزمه عشرون لانه ذكر جملة وفسرها بدرهم منصوب وذلك يكون من عشرين الى تسعين فيجب الاقل وهو عشرون لانه متيقن انتهى كلامه وقال تاج الشريعة فان قلت ينبغي ان يجب احد عشر درهما لانه اقل عدد يجيء مميزه منصوبا قلت الاصل براءة الذمة فيثبت الادنى للتيقن انتهى اقول جوابه ليس بتام لان كون الاصل براءة الذمة انما يقتضي كون الثابت ادنى ما يتحمله لفظ المقر دون الادنى مطلقا كما لا يخفى ومعنى السؤال ان ادنى ما يتحمله لفظ المقر في هذه المسئلة انما هو احد عشر بدلالة كون المميز منصوبا فينبغي ان يكون الواجب عليه احد عشر درهما وما ذكر في الجواب لا يدفعه قطعا ثم اقول الحق في الجواب ان يقال ان قوله كذا درهما وان كان نظير الاحد عشر درهما في كون المميز منصوبا الا انه ليس بنظير له في نفس المميز المنصوب لان احد عشر عدد مركب ولفظ كذا ليس بمركب فاذا لم يكن نفس كذا نظيرا لنفس احد عشر لم يعد الاشتراك في مجرد كون مميزهما منصوبا هذا امرا لا سترة به قال في الاختيار شرح المختار وقيل يلزمه عشرون وهو القياس لان كذا يذكر للعدد عرفا واقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون انتهى

ولو ثلث بغير واو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه وان ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون وان ربع يزاد عليها الف لان ذلك نظيره قال وان قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين لان علي صيغة ايجاب

وذكره الامام الزيلعي رح في شرح الكنز نقلا عنه وقال صاحب معراج الدراية وما نقله ابن قدامة في المغني وصاحب الحلية عن محمد انه اذا قال كذا درهما فعشرون عنده لانه اقل عدد يفسر بالواحد المنصوب خلاف ما ذكر في الهداية والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضيخان كما ذكرنا ولا يوجد في الكتب المشهورة لاصحابنا انتهى كلامه اقول كانه لم ير ما ذكر في مختصر الاسرار وشرح المختار او لم يعدهما من الكتب المشهورة لاصحابنا او اراد انه لم يوجد منقولا عن محمد رح في الكتب المشهورة لاصحابنا ثم ان التعليل المذكور في المنقول المزبور وهو قوله لانه اقل عدد يفسر بالواحد المنصوب قاصر في الظاهر لان اقل عدد يفسر بالواحد المنصوب انما هو احد عشر دون عشرين فكان المراد انه اقل عدد غير مركب يفسر بالواحد كما صرح به في غيره ان لم يكن لفظه مسامحة قال المص ولو ثلث كذا بغير واو اي اذا ذكر لفظة كذا ثلث مرات بغير واو فقال له كذا كذا كذا درهما فاحد عشر اي فالذي يلزمه احد عشر درهما لانه لا نظير له سواه اي لا نظير له في الاعداد الصريحة سوى احد عشر يعني سوى ما كان اقله احد عشر فيحمل الاثنان من تلك الثلاثة على احد عشر لكونهما نظيري عددين صريحين ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك احد عشر ويحمل الواحد منها على التكرير والتاكيد ضرورة عدم الثلاثة اعداد مجتمعة ذكرت بلا عاطف كذا قالوا وان ثلث بالواو قال كذا وكذا وكذا درهما فمائة واحد وعشرون اي فالذي يلزمه هذا القدر وان ربع بان قال كذا وكذا وكذا وكذا يزاد عليها اي على مائة واحد وعشرين الف فيلزمه الف ومائة واحد وعشرون لان ذلك نظيره اي لان العدد الذي ذكرنا انه يلزمه في صورتي التثليث والتربيع نظير ما ذكره المقر في تلك الصورتين اي اقل ما كان نظيره فحينئذ يكون قوله لان ذلك نظيره تعليلا لمجموع الصورتين كما هو الظاهر من عدم ذكر التعليل في صورة التثليث وتاخيره الى ههنا ويحتمل ان يكون ذلك تعليلا القريبة اعني صورة التربيع ويكون تعليل صورة التثليث متروكا لانفهامه مما ذكره في غيرها كما تم به تحرير صاحب الكافي حيث قال ولو ثلث الخ او كذا وكذا وكذا درهما فمائة واحد وعشرون لانه اقل ما يعبر بثلثة اعداد مع العاطف ولو ربع يزاد عليها الالف لان ذا نظيره انتهى قال الامام الزيلعي في التبيين ولو خمس بالواو ينبغي ان يزاد عشرة آلاف ولو سدس تزاد مائة الف ولو سبع يزاد الف الف وعلى هذا كلما زاد عددا معطوفا بالواو زيد عليه ما جرت العادة به الى ما لا يتناهى انتهى وقال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه هذا كله اذا قال بالنصب اما اذا قال درهم بالخفض بان قال كذا درهم يلزمه مائة درهم وقال هكذا روي عن محمد لانه ذكر عددا مبهما مرة واحدة وذكر الدرهم عقيبه بالخفض فيعتبر بعدد واحد مصرح يستقيم ذكر الدرهم عقيبه بالخفض واقل ذلك مائة درهم وان قال كذا كذا درهم يلزمه ثلثمائة درهم لانه ذكر عددين مبهمين لم يذكر بينهما واو العطف وذكر الدرهم عقيبهما بالخفض واقل ذلك من العدد المصرح ثلثمائة لان ثلثا عدد ومائة عدد وليس بينهما حرف العطف ويستقيم ذكر الدرهم بالخفض عقيبهما انتهى كلامه وقال الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد واذا اقر ان لفلان عليه كذا كذا درهما وكذا كذا دينارا فعليه من كل واحد منهما احد عشر لانه لو افرد كل واحد منهما في الذكر لزمه احد عشر فكذلك اذا جمع بينهما يلزمه من كل واحد احد عشر ولو قال له علي كذا كذا دينارا ودرهما كان عليه احد عشر منهما جميعا وكيف يقسم القياس ان يكون خمسة ونصف من الدراهم وخمسة ونصف من الدنانير الا انا نقول لو فعلنا ذلك لادى الى الكسر وليس في لفظه ما يدل على الكسر فيجعل ستة من الدراهم وخمسة من الدنانير فان قيل هلا جعلت ستة من الدنانير وخمسة من الدراهم قلنا لان الدراهم اقل مالية من الدنانير فصرفنا الزيادة اليها احتياطا الى ههنا كلامه قال اي قال محمد رح في الاصل وان قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسئلة في الجامع الصغير وانما ذكرها في الاصل اما وجه كونه مقرا بالدين في قوله له علي فما اشار اليه المصنف رح بقوله لان علي صيغة ايجاب تقريره ان علي كلمة خاصة للاخبار عن الواجب في الذمة واشتقاقها من العلو وانما يعلوه اذا كان بما في ذمته لا يجد بدا من قضائه كذا في النهاية وتقرير آخر ان الدين وان لم يذكر صريحا في قوله له علي فقد ذكر اقتضاء لان كلمة على يستعمل في الايجاب قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت ومحل الايجاب الذمة والثابت في الذمة الدين لا العين فصار مقرا بالدين لا العين كذا في غاية البيان ثم ذكر في النهاية ايضا نقلا عن الامام المحبوبي واما وجه كونه

ولو قال يعني من الضمان على ما مر في الكفالة ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون مضمونه حفظه
والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا قال رضي الله عنه وفي بعض نسخ المختصر في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حتى
صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما والاول اصح ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيسي او في
صندوقي فهو اقرار بامانة في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما

مقرا بالدين في قوله قبلي وما اشار اليه بقوله قبلي ينبئ عن الضمان لان هذه عبارة عن اللزوم الا يرى ان الصك الذي هو حجة الدين يسمى قبالة وان الكفيل يسمى قبيلا لانه
ضامن للمال كذا في النهاية نقلا عن المبسوط على ما مر في الكفالة من انه ينعقد الكفالة بقوله انا قبيل لان القبيل هو الكفيل اقول فيما ذكر هو ان كون القبيل بمعنى الكفيل اي
والضمين بمعنى الضمان لا يقتضي كون قبلي منبئا عن الضمان لان كلمة قبل غير كلمة القبيل ولم يذكر في كتب اللغة مجيء الاولى بمعنى الثانية قط بل الذي ذكره ائمة اللغة في
كتبهم ان قبل فلان بمعنى عنده وان قبلا بمعنى مقابلة وعيانا وانه يجيء قبل بمعنى طاقة فانهم قالوا رايته قبلا اي مقابلة وعيانا قال الله تعالى او ياتيهم العذاب قبلا
اي عيانا ولي قبل فلان حق اي عنده ومالي قبل اي طاقة واما استعمال كلمة قبل في معنى الضمان فلم يسمع منهم قط والحاصل ان كتب اللغة غير مساعدة لما ذكر
الرواية في اثبات تلك المسالة فتامل ولو قال المقر في قوله علي او قبلي هو وديعة ووصل اي وصل قوله علي او قبلي بقوله هو وديعة صدق لان اللفظ يحتمله اي يحتمل ما ذكره
مجازا اي من حيث المجاز حيث يكون المضمون حفظه اي حفظ المودع فان المودع ملتزم حفظ الوديعة والمال محله اي محل الحفظ فقد ذكر المحل وهو مال الوديعة واراد اي محل الحفظ
الحال وهو حفظه فجاز مجازا كما في قولهم نهر جار ولكنه تغيير عن وضعه فيصدق موصولا لا مفصولا لانه صار بيان تغيير وبيان التغيير يقبل موصولا لا مفصولا كما في الاستثناء
قال اي قال المصنف رضي الله عنه وفي بعض نسخ المختصر يعني مختصر القدوري في قوله قبلي اي وقع في قول المقر قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما اي ينتظم الدين اي بعض نسخه
والامانة حتى صار قوله اي قول القائل لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا نص عليه محمد رح في الاصل حيث قال اذا قال لا حق لي على فلان برئ
فلان مما هو مضمون عليه وان قال لا حق لي عنده فهو بري مما اصله الامانة وان قال لا حق لي قبل فلان بري مما عليه ومما عنده لان ما عنده قبله وما عليه قبله
انتهى والامانة اقلهما هذا تتمة الدليل يعني ان الامانة اقل الدين والامانة فيحمل قول المقر عليها لكونها الادنى المتيقن قال المصنف رح والاول اصح اي ما ذكر في الاصل
هو الاصح قال في الكافي والاول مذكور في المبسوط وهو الاصح لان استعماله في الديون اغلب واكثر فكان الحمل عليها احرى واجدر وقال في معراج الدراية والاول
وهو انه اقرار بالدين اصح ذكره في المبسوط وعلل بان استعماله في الدين اغلب واكثر فكان الحمل عليه اولى انتهى اقول لقائل ان يقول ينتقض هذا التعليل بما اذا
قال لا حق لي قبل فلان فانه لم يحمل هناك على الدين خاصة بل حمل ابراء عن الدين والامانة جميعا بالاتفاق مع جريان هذا التعليل هناك ايضا ثم اقول
يمكن دفع ذلك بامكان الفرق بين المسالتين بان احديهما صورة الاثبات ولما لم يتيسر جمع اثبات الدين واثبات الامانة في شيء واحد حمل على ما هو الارجح منهما
في هذه الصورة واما الاخرى فصورة النفي ولما تيسر جمع نفي الدين ونفي الامانة عن شيء حمل على نفيهما معا في تلك الصورة ويؤيد هذا الفرق ما ذكره المصنف رح
في باب الوصية للاقارب وغيرهم من كتاب الوصايا حيث قال ومن اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة ثم قال ولنا ان الجهة مختلفة
لان احدهما مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى
والاسفل لانه مقام النفي ولا تنافي فيه انتهى كلامه واعلم انه كان قياس ترتيب وضع المسالة ان يذكر اولا ما ذكره القدوري ثم يذكر ما ذكر في الاصل لان الهداية
شرح البداية التي تجمع مسائل الجامع الصغير ومختصر القدوري والزوائد عليهما مذكورة على سبيل التفريع الا ان المص لما راى الكلام المذكور في الاصل هو الاصح قدمه
في الذكر ولهذا لم يذكر في البداية غير ما ذكر في الاصل ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بامانة في يده وهذه كلها من مسائل الاصل
قال المص في تعليلها لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده لا في ذمته وذلك اي ما كان في يده يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما وهو الامانة توضيحه ان هذه المواضع محل للعين لا للدين اذ الدين محله الذمة والعين
يحتمل ان يكون مضمونة وامانة والامانة ادناهما فيحمل عليها للتيقن بها وهذا لان كلمة عند للقرب ومع للقران وما عداهما لمكان معين فيكون من خصائص العين ولا يحتمل الدين باستعماله كونه في
هذه الاماكن فلما كانت من خصائص العين تعينت الامانة لما ذكرنا ولان هذه الكلمات في العرف والعادة يستعمل في الامانات ومطلق الكلام يحمل على العرف

ولو قال له رجل لي عليك الف فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها فهو اقرار لان الهاء في الاول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن الالف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور والتاجيل انما يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التمليك يقتضي سابقة الوجوب وكذا لو قال احلتك بها على فلان لانه تحويل الدين

كذا في التبيين فان قلت يشكل هذا بما اذا قال له قبلي مائة درهم دين وديعة او وديعة دين فانه اقرار بالدين لا بالامانة مع ان الامانة اقلهما قلت تنوع اللفظ الى الضمان والامانة فيما نحن فيه انما نشأ من لفظ واحد وفي تلك المسئلة من لفظين والاصل ان احد اللفظين اذا كان للامانة والآخر للدين فاذا جمع بينهما في الاقرار يترجح الدين كذا في المبسوط قال في النهاية بعد نقل هذا عن المبسوط وهذا المعنى وهو ان استعارة اللفظ الذي يوجب الدين لما يوجب الامانة ممكن لا على العكس لانه حينئذ يلزم استعارة الادنى للاعلى وذلك لا يصح كما لا يصح استعارة لفظ الطلاق للعتاق اما في الاول فكان فيه استعارة الاعلى للادنى وهو صحيح كاستعارة العتق للطلاق والاستعارة انما تصح في اللفظين لا في اللفظ الواحد المحتمل للشيئين بل انما ينظر فيه الى ما هو الاعلى المحتمل والادنى المتيقن فيحمل على الادنى المتيقن لثبوته يقينا انتهى ولو قال له رجل لي عليك الف فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها فهو اقرار هذا كله لفظ القدوري في مختصره يعني ان ما ذكره المجيب في هذه الصور كلها يكون اقرارا بالمدعى لانه خرج جوابا اذا لم يكن كلاما مستقلا كان راجعا الى المذكور اولا وكانه اعاده بصريح لفظه فلما قرن كلامه في الاول والثاني بالكناية رجع الى المذكور في الدعوى واليه اشار المصنف بقوله لان الهاء في الاول والثاني اي في قوله اتزنها وفي قوله انتقدها كناية عن المذكور في الدعوى فكانه قال في الاول اتزن الالف التي لك علي وفي الثاني انتقد الالف التي لك علي فصار كما لو اعاد بنعم لكونه غير مستقل بنفسه فقد اخرجه مخرج الجواب حتى لو لم يذكر حرف الكناية يعني الهاء لا يكون كلامه اقرارا بالمدعى لعدم انصرافه اي لعدم انصراف كلامه الى المذكور اي الى المذكور في الدعوى لكونه مستقلا بنفسه وكانه قال اقعد وزان للناس ونقادهم دراهمهم واكتسب المال ولا تؤذني بالدعوى الباطلة والتاجيل انما يكون في حق واجب هذا اشارة الى تعليل كون قوله اجلني بها اقرارا يعني ان التاجيل انما يكون في حق واجب لانه للترفيه فاقتضى ذلك ان يكون طلب التاجيل اقرارا بحق واجب والقضاء يتلو الوجوب اي يتبع الوجوب هذا اشارة الى تعليل كون قوله قد قضيتكها اقرارا يعني ان القضاء يقتضي سبق الوجوب لانه تسليم مثل الواجب فلا يتصور بدونه فلما ادعى قضاء الالف صار مقرا بوجوبها ودعوى الابراء بان قال ابرأتني منها كالقضاء اي كدعوى القضاء لما بينا اشار به الى قوله والقضاء يتلو الوجوب يعني ان الابراء ايضا يتلو الوجوب لان الابراء اسقاط وهذا انما يكون في مال واجب عليه كذا في الكافي اقول ههنا اشكال وهو انه قد اطبقت كلمة الفقهاء في كتاب الاقرار على ان قول المدعى عليه بالالف للمدعي قد قضيتكها او ابرأتني منها اقرار بوجوب الالف عليه وقالوا في تعليل هذا ان القضاء يتلو الوجوب وكذا الابراء يتلوه وقد صرحوا في كتاب الدعوى في اكثر المعتبرات وفي مسائل شتى من كتاب القضاء في الهداية والوقاية ان المدعى عليه بالالف لو قال للمدعي ليس لك علي شيء قط او ما كان لك علي شيء قط ثم ادعى قضاء تلك الالف للمدعي او ادعى ابراء المدعي اياه من تلك الالف واقام بينة على ذلك سمعت دعواه وقبلت بينته عند اصحابنا سوى زفر رح وقالوا في تعليل ذلك ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضي ويبرأ منه دفعا للخصومة حتى قال المصنف هناك الا ترى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضي وعلم بعبير واقول زفر رح هناك القضاء يتلو الوجوب وكذا الابراء وقد انكره فيكون مناقضا فكان بين كلاميهم المقررين في المقامين تدافع كما لا يخفى فتدبر وكذا دعوى الصدقة والهبة يعني لو قال تصدقت بها علي او وهبتها لي كان ذلك ايضا اقرارا لان التمليك يقتضي سابقة الوجوب يعني ان الصدقة والهبة من قبيل التمليك فدعوى الصدقة والهبة دعوى التمليك منه وذا لا يكون الا بعد وجوب المال في ذمته كما لا يخفى وكذا لو قال احلتك بها على فلان كان هذا القول منه ايضا اقرارا لانه تحويل الدين من ذمة الى ذمة وذا لا يكون بدون الوجوب وكذا لو قال والله لا اقضيكها اليوم او لا ازنها لك اليوم لانه نفي القضاء والوزن في وقت بعينه وذلك لا يكون الا بعد وجوب اصل المال عليه فاما اذا لم يكن اصل المال واجبا عليه فالقضاء يكون منتفيا ابدا فلا يحتاج الى تاكيد نفي القضاء باليمين لانه في نفسه منتف كذا في المبسوط ولو قيل له هل عليك لفلان كذا فاومى برأسه بنعم لا يكون اقرارا لان الاشارة من الاخرس قائمة مقام الكلام لا من غيره

قال ومن اقر بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التاجيل لزمه الدين حالا لانه اقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه فصار كما اذا اقر بعبد في يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار بالدراهم السود لانه صفة فيه وقد مرت المسئلة في الكفالة قال ويستحلف المقر له على الاجل لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكر وان قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة اليه وهو القياس في الاول وبه قال الشافعي رح لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسير لها فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله

كذا في الكافي وغيره قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التاجيل لزمه الدين حالا اي عندنا وقال الشافعي رح لزمه الدين مؤجلا الا انه اقر بمال موصوف بانه مؤجل الى وقت فيلزمه بالوصف الذي اقر به وهذا ليس بشيء لان الاجل حق لمن عليه المال فكيف يكون صفة للمال الذي هو حق الدائن ولكنه مؤخر للمطالبة الى مضيه فكان دعواه الاجل كدعواه الابراء كذا ذكر في باب الاستثناء من المبسوط قال المصنف رح في تعليل قول اصحابنا لانه اي لان المقر بدين مؤجل اقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه اي في ذلك المال فيصدق في الاقرار بلا حجة دون الدعوى فصار اي فصار المقر في هذه الصورة كما اذا اقر لغيره بعبد في يده اي بعبد كائن في يد نفسه بانه ملك ذلك الغير وادعى الاجارة اي ادعى انه استاجر هذا العبد من صاحبه فيصدق المقر له في الملك دون الاجارة فانه لا يصدق هناك في دعوى الاجارة فكذا ههنا في دعوى الاجل بخلاف الاقرار بالدراهم السود اي بخلاف ما لو اقر بالدراهم السود فصدقه المقر له بالدراهم دون وصف السواد حيث يلزمه الدراهم السود دون البيض لانه اي لان السواد صفة فيه اي في الدراهم او فيما اقر به فيلزمه ما اقر به على الصفة التي اقر بها واما الاجل فليس بصفة في الديون الواجبة بغير عقد الكفالة كالقروض وثمن البياعات والمهر وقيم المتلفات بل الاجل فيها امر عارض ولهذا لا يثبت الا بالشرط والقول للمنكر في العارض وقد اشار اليه بقوله وقد مرت المسئلة في الكفالة فانه قال في فصل الضمان من كتاب الكفالة ومن قال لآخر لك علي مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن وقال وجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارض حتى لا يثبت الا بالشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة فنوع حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل انتهى قال اي القدوري في مختصره ويستحلف المقر له اي يستحلف المقر له في مسئلتنا هذه على الاجل اي على انكار الاجل فانه منكر حقا عليه فان المقر يدعي عليه التاجيل وهو منكر ذلك واليمين على المنكر بالحديث المشهور قال في النهاية وفي الذخيرة في الفصل الاول من كتاب الاقرار ولا يبطل الاقرار بالحلف حتى ان من اقر لرجل ثم انكر فاستحلفه القاضي فحلف ثم اقام الطالب بينة على اقراره قضي له بالمقر به فان قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم وكذا لو قال مائة ودرهمان او مائة وثلثة دراهم ذكره الامام قاضيخان حيث قال في فتاواه ولو قال له علي الف ودرهم او علي الف ودرهمان او الف وثلثة دراهم كان الكل دراهم انتهى ولو قال مائة وثوب اي لو قال له علي مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة اليه اي الى المقر قال المصنف وهو القياس في الاول يعني ان لزوم درهم واحد والرجوع في تفسير المائة الى المقر هو القياس في الفصل الاول ايضا وهو قوله له علي مائة ودرهم ونظائره وبه قال الشافعي رحمه الله اي وبالقياس اخذ الشافعي رح في هذا الفصل ايضا لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها اي على المائة بالواو العاطفة لا تفسير لها لان العطف لم يوضع للبيان بل هو يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وهو قوله له علي مائة وثوب ونحو ذلك فلا بد من المصير الى البيان ولكن علماؤنا رحمهم الله تعالى فرقوا بين الفصلين واخذوا بالاستحسان في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون فجعلوا المعطوف عليه من جنس المعطوف فيما اذا قال له علي مائة ودرهم او مائة ودينار او مائة وقفيز حنطة او مائة ومن زعفران قال المصنف وجه الاستحسان وهو الفرق بين الفصلين انهم اي ان الناس استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره اي بذكر الدرهم مرة عقيب العددين اي المائة والدرهم فانهم يقولون احد وعشرون درهما فيكتفون بذكر الدرهم مرة ويجعلون ذلك تفسيرا للكل وهذا اي استثقالهم فيما يكثر استعماله وذلك اي كثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك اي كثرة الوجوب بكثرة الاسباب في الدراهم والمكيل والموزون يعني فيما ثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة ويجوز الاستقراض بها لعموم البلوى اما الثياب وما لا يكال

وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون واما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها فبقي على حقيقة وكذا اذا قال مائة وثلاثة اثواب لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما التفسير اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى التفسير فكان الكل ثيابا **قال** ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء وظرف له وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق

وما لا يوزن لا يكثر وجوبها فان الثياب لا تثبت في الذمة دينا الا في السلم والشاة ونحوها لا تثبت دينا في الذمة اصلا فبقي لم يبق هذا القسم على الحقيقة اي على الاصل وهو ان يكون بيان المجمل الى المجمل لا الى المعطوف لعدم صلاحية العطف للتفسير الا عند الضرورة وقد انعدمت ههنا اقول في تقرير وجه الاستحسان على ما ذكره المصنف نظر اما اولا فلان اكتفاءهم بذكر الدرهم مرة عقيب العددين لا يجدي فيما نحن فيه اذ لم يذكر الدرهم فيه عقيب احد العددين بل انما ذكر عقيب واحد وهو المائة واما ثانيا فلانهم اكتفوا بذكر مثل الثوب ايضا عقيب العددين لا يرى الى ما سيأتي انه اذا قال مائة وثلاثة اثواب يكون الكل اثوابا لانصراف التفسير الى مجموع العددين المبهمين المذكورين قبله ويمكن ان يتمحل في الجواب بان يقال مراد المصنف رح انهم استثقلوا تكرار المميز في كل عدد بل اكتفوا بذكره مرة في بعض الاعداد وما للاختصار الا يرى انهم اكتفوا بذلك عقيب العددين على الاطلاق والاطراد كذلك اكتفوا به في عدد واحد ايضا فيما يكثر استعماله ودورانه في الكلام كما نحن فيه نعم الاولى ههنا ان يطرح من البين حديث الذكر عقيب العددين وتقرير وجه الاستحسان على طرز ما ذكر في الكافي وغيره وهو ان قوله ودرهم بيان للمائة ادة لان الناس استثقلوا تكرار الدراهم ونحوه واكتفوا بذكره مرة وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه ودورانه في الكلام وذا فيما يثبت في الذمة كالاثمان المكيل والموزون بخلاف الثياب وما لا يكال ولا يوزن فانه لا يكثر وجوبها وثبوتها في الذمة فبقيت على الاصل قال في النهاية وروي عن ابن سماعة عن ابي يوسف رحمه الله في قوله مائة وثوب ان الكل من الثياب وكذلك في قوله مائة وشاة ووجهه ان الثياب والغنم تقسم قسمة واحدة بخلاف العبيد فانها لا تقسم قسمة واحدة وما تقسم قسمة واحدة تتحقق فيه اعدادها المجانسة فيمكن ان يجعل المفسر منه تفسيرا للمبهم انتهى وتوافقه ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال رجل لفلان على الف وعبد عن ابي يوسف رحمه الله انه قال يقر في الاول بما شاء ولو قال الف وشاة او الف وبعير او الف وثوب او الف وفرس فهي ثياب واغنام والرقيق ولا يشبه هذا بني آدم لان بني آدم لا يقسم الى ههنا كلامه وقال الامام الزيلعي رح في التبيين بعد نقل ذلك عن النهاية وهذا ليس بظاهر فان عندهما يقسم العبيد كالغنم وانما لا يقسم عند ابي حنيفة رحمه الله انتهى فتامل قال المصنف رح وكذا اذا قال مائة وثوبان اي يرجع في بيان المائة الى المقر لما بينا من ان الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة اثواب حيث يكون الكل ثيابا بالاتفاق لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف حتى تدل على المغايرة فانصرف اليهما اي فانصرف التفسير المذكور الى العددين جميعا لاستوائهما في الحاجة الى التفسير فكان كلها اي كل الآحاد المندرجة تحت ذينك العددين ثيابا لا يقال الاثواب جمع لا يصلح مميز المائة لانها لما اقترنت بالثلاثة صار العدد واحدا لذا في الكافي والشروح قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة بالتخفيف والتشديد وعاء التمر تتخذ من قصب وقولهم انما تسمى بذلك ما دام فيها التمر والا فهو زنبيل مبني على عرفهم كذا في المغرب قال صاحب الجمهرة اما القوصرة فاحسبها دخيلا وقد روي افلح من كانت له قوصرة يأكل منها كل يوم مرة ثم قال ولا ادري ما صحة هذا البيت كذا في غاية البيان قال المصنف رح وفسره في الاصل اي فسر الاقرار بتمر في قوصرة في الاصل وهو المبسوط بقوله اي بقول المقر غصبت تمرا في قوصرة ووجهه اي وجه جواب هذه المسألة وهو لزوم التمر والقوصرة جميعا ان القوصرة وعاء له اي للتمر وظرف له اي للتمر وغصب الشيء وهو مظروف اي والحال انه مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه اي فيلزم التمر والقوصرة المقر وكذا الطعام في السفينة اي وكذا الحكم فيما اذا قال غصبت الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق اي وكذا فيما اذا قال غصبت الحنطة في الجوالق والجوالق بالفتح جمع جوالق بالضم والجواليق بزيادة الياء تسامح كذا في المغرب والاصل في جنس هذه المسائل ان ما كان الثاني ظرفا للاول وعاء له لزماه نحو ثوب في منديل وطعام في سفينة وحنطة في جوالق وما كان الثاني مما لا يكون وعاء للاول نحو قولك غصبت درهما في درهم لم يلزم الثاني لانه غير صالح لان يكون ظرفا فلما اقر بغصب الاول فلغا آخر كلامه كذا في المبسوط وذكر في الشروح اقول يرد على هذا الاصل النقض بما اذا اقر بدابة في اصطبل فانه لا يلزم للمقر هناك الا الدابة خاصة عند ابي حنيفة

وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون فاما الثياب

بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع **قال** ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعلى قياس قول محمد رح يضمنهما ومثله الطعام في البيت **قال** ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشمل الكل ومن اقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل لان الاسم ينطوي على الكل ومن اقر بحجلة فله العيدان والكسوة لاطلاق الاسم على الكل عرفا وان قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه ظرف لان الثوب يلف فيه

وابي يوسف رح كما سياتي مع انه لا ريب في ان الثاني فيه صالح لان يكون ظرفا للاول ويمكن ان يقال ان ذلك من باب التخلف لمانع وقيد عدم المنع في الاحكام الكلية غير لازم كما صرحوا به في مواضع منها اول كتاب الوكالة بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا من قوصرة يعني ان الحكم المذكور في كلمة في واما الحكم في كلمة من بخلافه لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع يعني ان كلمة من لابتداء الغاية فيكون اقرارا بان مبتدأ الغصب من القوصرة وانما يفهم منه الانتزاع كذا في الكفاية ومعراج الدراية اخذا من الكافي وقال في النهاية لان كلمة من للتبعيض فانما يفهم منه الانتزاع انتهى وقال في غاية البيان وجه ان كلمة من تستعمل للتبعيض والتمييز فيكون الانتزاع لازما لها لان معناه ان من موضوعة للانتزاع انتهى اقول الحق في توجيه كلام المصنف رح ههنا ما ذهب اليه الفرقة الاولى لا ما ذهب اليه الاخرى لان كلمة من في قول القائل غصبت تمرا من قوصرة لا تحتمل معنى التبعيض اذ لا يصح ان يكون التمر بعض القوصرة فكيف يفهم الانتزاع من التبعيض في ذلك القول واما انفهام الانتزاع من التبعيض عند استعمال كلمة من بمعنى التبعيض في موضع آخر فلا يجدي شيئا ههنا كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة بخلاف معنى الابتداء فان كلمة من في ذلك القول تحتمل الابتداء قطعا فيتم التقريب جدا واما الحكم في كلمة على نحو ان يقول غصبت اكافا على حمار وكان اقرارا بغصب الاكاف خاصة والحمار مذكور للبيان محل المغصوب حين اخذه وغصب الشيء من محل لا يكون مقتضيا غصب المحل كذا في المبسوط وذكر في كثير من الشروح قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة اي فقط لزمه الدابة خاصة ولم يقل كان اقرارا بالدابة خاصة لما ان هذا الكلام اقرار بهما جميعا الا ان اللزوم على قول ابي حنيفة رح وابي يوسف رح في الدابة خاصة واليه اشار المصنف بقوله لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولان الغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل عندهما والاصطبل مما لا ينقل ولا يحول فلا يكون مضمونا بالغصب عندهما وعلى قياس قول محمد رح يضمنهما اي يضمن الدابة والاصطبل لان محمدا رحمه الله يرى غصب العقار فيه خلاف في الضمان عنده كما فيه خلاف في الاقرار ومثله الطعام في البيت اي ومثل الاقرار بالدابة في الاصطبل الاقرار بالطعام في البيت قال في المبسوط ولو قال غصبت منك طعاما في بيت كان هو بمنزلة قوله في سفينة لان البيت قد يكون وعاء للطعام فيكون اقرارا بغصب البيت والطعام الا ان الطعام يدخل في ضمانه بالغصب والبيت لا يدخل في ضمانه في قول ابي حنيفة رح وابي يوسف لانه مما لا ينقل ولا يحول والغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل وان قال لم احول الطعام من موضعه لم يصدق في ذلك لانه اقر بغصب تام وفي الطعام يتحقق ذلك بالنقل والتحويل فكان هو في قوله لم انقله راجعا عما اقر به فلم يصدق فكان ضامنا للطعام وفي قول محمد رح هو ضامن للبيت ايضا الى ههنا لفظ المبسوط قال اي القدوري في مختصره ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص قال المصنف في تعليله لان اسم الخاتم يشمل الكل اي يتناول الحلقة والفص جميعا ولهذا يدخل الفص في بيع الخاتم من غير تسمية فاذا تناولهما اسم الخاتم لزماه جميعا بالاقرار بالخاتم ومن اقر له اي لغيره بسيف فله النصل وهو حديدة السيف والجفن وهو الغمد والحمائل جمع حمالة بكسر الحاء وهي علاقة السيف لان الاسم يعني اسم السيف ينطوي اي يشتمل على الكل ومن اقر بحجلة الحجلة بفتحتين واحدة حجال العروس وهي بيت يزين بالثياب والاسترة والستور كذا في الصحاح فله اي فللمقر له العيدان برفع النون جمع عود وهو الخشب كالديدان جمع دود والكسوة اي وله الكسوة ايضا لاطلاق الاسم اي اسم الحجلة على الكل عرفا فلو اقر بالكل وكذا لو اقر بدار او ارض لرجل دخل البناء والاشجار اذا كانا فيهما حتى ان المقر لو اقام بينة بعد ذلك على ان البناء والاشجار له لم يصدق ولم تقبل بينته وكذا لو اقر المقر بالخاتم بينة على ان الفص له لم تقبل بينته واما اذا قال هذا الخاتم لي وفصه لك او هذا السيف لي وحليته لك او هذه الجبة لي وبطانتها لك وقال المقر له الكل فالقول للمقر فبعد ذلك ينظر ان لم يكن في نزع المقر به ضرر للمقر يؤمر المقر بالنزع والدفع الى المقر له وان كان في النزع ضرر فواجب على المقر ان يعطيه قيمة ما اقر به كذا في الذخيرة وان قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه اي المنديل ظرف للثوب لان الثوب يلف فيه وقد مر ان غصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف

وكذا لو قال علي ثوب في ثوب لانه ظرف بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي يوسف رح وقال محمد رح لزمه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف رح ان حرف في يستعمل في البين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فوقع الشك والاصل براءة الذمم على ان كل ثوب موعًى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الاول محملا ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن رحمه الله

وكذا الحكم لو قال علي ثوب في ثوب لزماه لانه ظرف اي لان الثوب الثاني ظرف للثوب الاول فيلزمه الثوبان جميعا بخلاف قوله درهم في درهم اي بخلاف ما لو قال علي درهم في درهم حيث يلزمه واحد اي درهم واحد لانه اي لان قوله في درهم ضرب اي ضرب حساب لا ظرف كما لا يخفى وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي يوسف رح وفي الكافي وهو قول ابي حنيفة رحمه الله وفي التبيين هو قول ابي حنيفة رح اولا وقال محمد رح يلزمه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف يعني ان كلمة في حقيقة في الظرف وقد امكن العمل بالحقيقة ههنا لان الثوب الواحد قد يلف لعزته ونفاسته في عشرة اثواب فلا يصار الى المجاز قيل هو منقوض على اصله فانه لو قال غصبته كرباسا في عشرة اثواب حرير يلزمه الكل عند محمد رح في هذه الصورة ايضا مع ان عشرة اثواب حرير لا يجعل وعاء للكرباس عادة كذا في الشروح قال في النهاية واليه اشار في المبسوط ولابي يوسف رح ان حرف في يستعمل في البين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فوقع الشك في ان المراد بحرف في ههنا معنى الظرف او معنى البين فبالشك لا يثبت ما زاد على الواحد والاصل براءة الذمم لانها خلقت برية عرية عن الحقوق فلا يجوز شغلها الا بحجة قوية ولم توجد فيما زاد على الواحد فلم يلزمه الا ثوب واحد على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء يعني ان مجموع العشرة ليس بوعاء للواحد بل كل واحد منها موعى بما حوله فانه اذا لف ثوب في اثواب يكون كل ثوب موعى في حق ما وراءه ولا يكون وعاء الا الثوب الذي هو ظاهر فانه وعاء وليس بموعى فلفظة كل ههنا بمجرد التكثير لا للاستغراق كما قالوا في نظائرها فاذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد لم يمكن حمل كلمة في على الظرف في قوله ثوب في عشرة اثواب فتعين الاول اي المعنى الاول الذي هو البين محملا لكلمة في في قول المقر فكانه قال علي ثوب بين عشرة اثواب لم يلزمه بهذا المعنى الا ثوب واحد قال كثير من الشراح في حل هذا المقام فاذا لم يتحقق كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وزاد على هذا من بينهم صاحب الغاية ان يقال فتعين اول كلامه محملا يعني ان يكون في معنى البين انتهى اقول هذا الشرح منهم لا يطابق المشروح اذ لا يساعده كلام المصنف رح جعل آخر كلام المقر لغوا فان قوله فتعين الاول محملا يدل على ان لآخر كلام المقر وهو قوله في عشرة اثواب محملا متعينا وهو معنى البين المذكور اولا فاذا تيسر لآخر كلامه بل تعين له محمل صحيح من المعاني المستعملة فيها كلمة في لم يصح جعل ذلك لغوا من الكلام ويجب صيانة كلام العاقل عن اللغو مهما امكن ثم من العجائب ما زاده صاحب الغاية فان قوله وتعين اول كلامه محملا بعد قوله كان آخر كلامه لغوا يدل على ان محل الاول في قول المصنف فتعين الاول محملا على اول كلام المقر وهذا مع كونه مما يابى عنه جدا قيد محملا ينافيه تفسيره بقوله يعني ان يكون في معنى البين لان الكون في معنى البين انما يتصور في آخر كلام المقر وهو قوله في عشرة اثواب دون اول كلامه وهو قوله علي ثوب اذ لا مساس له بمعنى البين اصلا واعلم ان الامام الزاهدي قال في شرح مختصر القدوري قد اشتبه علي في هذه المسائل كلها ان المراد في هذه المسائل كلها ان الظرف معين مشار اليه ام يستوي المعين والمنكر في ذلك الى ان ظفرت الرواية بحمد الله تعالى ومنه انه يستوي فيه المعرف والمنكر ويرجع في بيان المنكر اليه وهو ما قال في المحيط ولو قال غصبتك ثوبا في منديل فهو اقرار بغصب الثوب والمنديل ويرجع في البيان اليه ولو قال درهما في درهم او درهما في طعام لم يلزمه الا درهم والاصل في هذه المسائل انه متى دخلت في على ما يصلح ظرفا ويحمل ظرفا عادة اقتضى غصبهما والا فغصب الاول دون غيره الى ههنا كلامه ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف رح في تعليله لان الضرب لا يكثر المال يعني ان اثر الضرب في تكثير الاجزاء لازالة الكسر لا في تكثير المال فخمسة دراهم وزنا وان جعل الف جزء لا يزاد فيه وزن قيراط على ان حساب الضرب في الممسوحات لا في الموزونات كذا قالوا ولان حرف في للظرف حقيقة والدراهم لا يكون ظرفا للدراهم واستعماله في غير الظرف مجاز والمجاز قد يكون بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي وقد يكون بمعنى على كما في قوله تعالى ولاصلبنكم في جذوع النخل اي على جذوع النخل وليس احدهما اولى من الآخر فلزمه خمسة باول كلامه ولغا آخره كذا في المبسوط وغيره وقال الحسن يعني الحسن بن زياد

يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة رح فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية ولو قالا يلزمه العشرة كلها فيدخل الغايتان وقال زفر رح يلزمه ثمانية ولا يدخل الغايتان ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شئ وقد مرت الدلائل في الطلاق

فصل

قال ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم فان قال اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له ثم اذا

صاحب ابي حنيفة رح يلزمه خمسة وعشرون لانه الحاصل من ضرب خمسة في خمسة عند اهل الحساب وقد مر جوابه ايضا قال المصنف رح وقد ذكرناه في الطلاق اي في باب ايقاع الطلاق من كتاب الطلاق ولم يذكر المصنف رح هذه المسألة ثمة صريحا فهم ذلك من الخلاف الواقع بيننا وبين زفر رح فيما لو قال انت طالق ثنتين في ثنتين ونوى الضرب والحساب فعندنا يقع ثنتان وعنده يقع ثلث وانما ذكر مسألة الاقرار صريحا في كتاب الطلاق في شروح الجامع الصغير كذا في غاية البيان ولو قال اردت خمسة مع خمسة اي لو قال المقر اردت بقولي خمسة في خمسة خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله قال الله تعالى فادخلي في عبادي قيل مع عبادي كذا في الكافي ولو قال عنيت خمسة وخمسة لزمه عشرة ايضا لانه يستعمل في بمعنى واو العطف كذا في المبسوط وقد ذكر المصنف رح في باب ايقاع الطلاق انه لو نوى بقوله واحدة في ثنتين واحدة وثنتين فهي ثلث لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف وان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلث لان في يأتي بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني الى هنا لفظه قال صاحب النهاية ولم يذكر في الكتاب ولا في المبسوط انه لو اراد بفي معنى على ما حكمه عند علمائنا وذكر في الذخيرة ان حكمه ايضا كحكم في حتى لو قال لفلان علي عشرة في عشرة ثم قال عنيت به على عشرة او قال عنيت به الضرب لزمه عشرة عند علمائنا ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة رح فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فيدخل الغايتان اي الابتداء والانتهاء وقال زفر رح يلزمه ثمانية ولا يدخل الغايتان قال في النهاية والقياس ما قاله زفر رح فانه جعل الدرهم الاول والآخر حدا ولا يدخل الحد في المحدود كمن قال لفلان من هذا الحائط الى هذا الحائط او ما بين هذين الحائطين لا يدخل الحائطان في الاقرار فكذلك ههنا لا يدخل الحدان وابو يوسف رح ومحمد رح قالا هو كذلك في حد قائم بنفسه كما في المحسوسات فاما فيما ليس بقائم بنفسه فلا لانه انما يتحقق كونه حدا اذا كان واجبا فاما فيما ليس بواجب فلا يتصور ان يكون حدا لما هو واجب ابو حنيفة رحمه الله يقول الاصل ما قاله زفر رح من ان الحد غير المحدود وما لا يقوم بنفسه لا يكون حدا ولكن اذا كان واجبا الا ان الغاية الاولى لابد من ادخالها لان الدرهم الثاني والثالث واجب ولا تحقق الثاني بدون الاول لان الكلام يستدعي ابتداء فاذا اخرجنا الاول من ان يكون واجبا صار الثاني هو الابتداء فيخرج هو من ان يكون واجبا ثم الثالث والرابع وهكذا بعده فلاجل هذه الضرورة ادخلنا فيه الغاية الاولى ولا ضرورة في ادخال الغاية الثانية فاخذنا فيها بالقياس انتهى والحاصل ان ما قاله ابو حنيفة رح في الغاية الاولى استحسان وما قاله زفر رح فيهما قياس كذا في مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله اي للمقر له ما بينهما اي ما بين الحائطين وليس له من الحائطين شئ اي لا تدخل الغايتان في هذه الصورة بالاتفاق قال المصنف رح وقد مرت الدلائل اي دلائل هذه المسائل في الطلاق اي في باب ايقاع الطلاق من كتاب الطلاق فمن شاء الاطلاع عليها فليراجعه

فصل لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها صورة ومعنى ذكرها في فصل على حدة والحق بها مسألة الخيار اتباعا للمبسوط كذا في الشروح ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم فهو لا يخلو عن ثلثة اوجه لانه اما ان يبين سببا او لا يبين سببا فاما ان يكون ذلك السبب صالحا او غير صالح فان كان صالحا وهو الذي ذكره بقوله فان قال اوصى بها اي بالالف له اي للحمل وهو الجنين فلان او قال مات ابوه اي ابو الحمل فورثه اي ورث الحمل الالف ضمير الالف او لا باعتبار الدرهم ذكره ثانيا لكون الالف مذكرا في الاصل قال في القاموس الالف من العدد مذكر ولو انث باعتبار الدراهم جاز انتهى فالاقرار في هذا الوجه صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له اي للحمل يعني انه بين سببا صالحا لثبوت الملك للحمل فلو عاينا ه حكمنا بوجوب المال عليه فكذلك اذا ثبت باقراره وهذا لان الاقرار صدر من اهله مضافا الى محله ولم يتيقن بكذب ما اقر به وكان صحيحا كما لو اقر به بعد الانفصال لان الجنين اهل لان يستحق المال بالارث او الوصية ثم اذا وجد السبب فلابد من

ان جاءت به حيا في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه وان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم
بين ورثته لان هذا الاقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما

وجود المقر له عنده فان جاءت اي فلانة به اي بالولد في مدة يعلم بها انه اي الولد كان قائما اي موجودا وقت الاقرار لزمه اي لزم المقر ما اقر به والعلم بالوجود والامكان
موجودا وقت الاقرار بطريقين احدهما حقيقي والآخر حكمي فالحقيقي ما اذا وضعته لاقل من ستة اشهر والحكمي ما اذا وضعته لاكثر من ستة اشهر الى سنتين وكانت المرأة
معتدة اذ حينئذ يحكم بثبوت النسب فيكون ذلك حكما بوجوده في البطن واما اذا لم يكن معتدة وجاءت به لاكثر من ستة اشهر فلم يتحقق شيء منهما كذا قالوا ثم ان
الشراح افترقوا ههنا في تعيين اول مدة يعلم بها ان الولد كان موجودا وقتئذ فمنهم من ذهب الى انه من وقت الاقرار حيث قال بان ولدت لاقل من ستة اشهر من
وقت الاقرار كما قال صدر الشريعة ايضا في شرح الوقاية ومنهم من ذهب الى انه من وقت موت الموصي او المورث حيث قال بان وضعته لاقل من ستة
اشهر من مات المورث والموصي كما قاله صاحب الكافي وذكر في المبسوط ايضا اقول القول الاول وان كان اوفق بالشرح في الظاهر حيث ذكر فيه كون الولد
قائما وقت الاقرار الا ان القول الثاني هو الموافق للتحقيق وهو ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق لا انشاء الحق ابتداء كما تقرر في صدر كتاب الاقرار وان
ذلك ان تقرر وجود المقر له عند تحقق سبب الملك لا عند مجرد الاقرار وسبب الملك فيما نحن فيه انما تحقق وقت موت الموصي او المورث فلا بد ان يعتبر اول مدة
يعلم بها وجود الحمل من وقت موت الموصي او المورث ليتقرر وجوده عند تحقق سبب الملك فانه اذا جاءت بالولد في مدة
اقل من ستة اشهر من وقت الاقرار واكثر من سنتين من وقت الموصي او المورث في غير المعتدة فالظاهر انه لا يلزم المقر للحمل شيء اما اذا جاءت
لاكثر من سنتين من وقت موت الموصي او المورث فلانه يتعين حينئذ ان الجنين لم يكن موجودا عند تحقق سبب الملك
فلم يكن اهلا لاستحقاق المال ولا يفيد كونه موجودا عند مجرد الاقرار لان الاقرار اخبار عن ثبوت الملك بسبب سابق
لا انشاء الملك في الحال واما اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر الى سنتين من وقت موت الموصي او المورث في
غير المعتدة فلانه لا يتعين حينئذ كون الجنين موجودا عند تحقق سبب الملك بل يبقى على مجرد الاحتمال ولا يثبت الحكم
بالشك فلا يلزم المقر له شيء وان كان موجودا وقت الاقرار كما اذا بين سببا غير صالح على ما سيأتي لكن بقي ههنا شيء في
القول الثاني ايضا وهو انه اذا حصل العلم بوجود الجنين بالطريق الحكمي لا الحقيقي وذلك بان وضعته لاكثر من ستة اشهر الى سنتين وكانت معتدة
فانما يحكم بثبوت النسب فيكون ذلك حكما بوجوده في البطن حين موت المورث او الموصي ولا يخفى ان الحكم بثبوت النسب انما يكون فيما اذا ولدت لاقل من
سنتين من وقت الفراق وهو لا يقتضي الحكم بوجوده في البطن حين موت المورث او الموصي لجواز ان يكون وقت موت المورث او الموصي اكثر من سنتين في وقت
الفراق اقل منها فان قيل اعتبر اول المدة في الطريق الحقيقي على القول الثاني من وقت موت المورث او الموصي ففي الطريق الحكمي ايضا كذلك فلا يتصور
حينئذ ان يكون وقت موت المورث او الموصي اكثر من سنتين الا ان يكون طريقا دالا على ذلك اصلا قلنا فعلى ذلك لا يثبت الحكم بثبوت النسب ساحتي يكون
ذلك حكما بوجوده في البطن حين موت المورث او الموصي لجواز ان يكون وقت موت الموصي اقل من سنتين في وقت الفراق اكثر منها فلا يصح الحكم حينئذ بثبوت
النسب فليتأمل وان جاءت به اي ان جاءت فلانة بالولد ميتا فالمال للموصي فيما اذا قال اوصى به له فلان وللمورث فيما اذا قال مات ابوه فورثه حتى
يقسم بين ورثته اي يقسم المال بين ورثة كل واحد من الموصي والمورث لانه اي لان ما قاله الاقرار في الحقيقة لهما اي للموصي والمورث وانما ينتقل منهما الى الجنين
بعد الولادة ولم ينتقل اليه ههنا لانه مات قبل الولادة ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما نصفين ان كانا ذكرين او انثيين وان كان احدهما ذكرا والآخر انثى
ففي الوصية كذلك وفي الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الانثيين كذا في الشروح قال بعض الفضلاء هذا اذا لم يكونا من اولاد الميت فاما اذا كانا من

ولو قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين سببا مستحيلا قال فان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف
وقال محمد رح يصح لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف رح ان الاقرار مطلقه
ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد الماذون واحد المتفاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به

ذكره هذا ما شهد في الاستحقاق والقسمة سواء اقول لا حاجة الى هذا التقييد بالنظر الى وضع المسئلة وهو ان قال المقر بها ابوه فورثته فلهذا لم يتعرض له شراح الكتاب
وصاحب الكافي وغيرهم واما بالنظر الى مطلق الارث فلا بد من التقييد وان كان السبب غير صالح وهو الذي ذكره بقوله ولو قال المقر باعني او اقرضني اي باعني
الحمل او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا اي لان المقر بين سببا مستحيلا في العادة اذ لا يتصور البيع والاقراض من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لا ولاية
لاحد على الجنين حتى يكون تصرفه بمنزلة تصرف الجنين فيصير مضافا اليه من هذا الوجه واذا كان ما بينه من السبب مستحيلا صار كلامه لغوا فلم يلزمه شيء فان قيل فهذا يكون
رجوعا عن الاقرار والرجوع عن الاقرار لا يصح وان كان موصولا قلنا ليس كذلك بل هو بيان سبب محتمل وقد يشتبه على الجاهل فيظن ان الجنين يثبت عليه الولاية
كالمنفصل فيعامله ثم يقر بذلك المال للجنين بناء على ظنه ويبين سببه ثم يعلم ان ذلك السبب كان باطلا فكان كلامه هذا بيانا لا رجوعا فلهذا كان مقبولا منه كذا في
المبسوط واكثر الشروح قال في العناية اجيب بانه ليس برجوع بل ظهر كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا او خطأ ويد فلان صحيحة انتهى اقول فيه بحث لانه ان
ظهر كذبه فانما ظهر في بيان ذلك السبب الغير الصالح لا في اصل اقراره وهذا لا ينافي كون بيان السبب بذلك الوجه رجوعا عن اصل اقراره الواقع في اول كلامه لجواز ان
يكون صادقا في اصل اقراره بان يكون له سبب صالح في نفس الامر ولكن قصد الرجوع فبين سببا مستحيلا بخلاف قوله قطعت يد فلان وهي صحيحة فانه كاذب هناك
في اصل اقراره بيقين فالظاهر في الجواب ما ذكر في المبسوط وغيره فان قلت كما ان البيع والاقراض لا يتصوران من الجنين كذلك لا يتصوران من الرضيع ومع ذلك
لو اقر ان عليه الف درهم لهذا الصبي الرضيع بسبب البيع والاقراض والاجارة فانه صحيح يؤاخذ به قلت الرضيع وان كان لا يتجر بنفسه لكنه من اهل ان يستحق الدين
بهذا السبب بتجارة وليه وكذلك الاقراض وان كان لا يتصور منه لكنه يتصور من نائبه وهو القاضي او الاب باذن القاضي وان تصور ذلك من نائبه جاز من المقر
اضافة الاقرار اليه لان فعل النائب قد يضاف الى المنوب عنه كذا في النهاية وغيرها وان لم يبين سببا اصلا وهو المراد بقوله وان ابهم الاقرار لم يصح الاقرار عند
ابي يوسف رح وقيل ابو حنيفة رح معه وقيل الشافعي رح في قول قال محمد رح يصح وبه قال الشافعي رح في الاصح ومالك رح واحمد رح لان الاقرار من الحجج الشرعية فيجب اعماله مهما امكن وذلك اذا صدر من
اهله مضافا الى محله وقد امكن اعماله ههنا اذ لا نزاع في صدوره عن اهله لانه هو المفروض وامكن اضافته الى محله بالحمل على السبب الصالح وهو الميراث او الوصية
تحريا للجواز وتصحيحا لكلام العاقل كالعبد الماذون له اذا اقر بدين فان اقراره وان احتمل الفساد بكونه صداقا او دين كفالة والجواز بكونه من التجارة كان تصحيحا لكلام
العاقل ولابي يوسف رح ان الاقرار مطلقه اي مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد الماذون له واحد المتفاوضين في الشركة عليه
اي على الاقرار بسبب التجارة ولم يحمل على الاقرار بغير سبب التجارة كدين المهر وارش الجناية حتى يؤاخذ به العبد الماذون في حال رقه والشريك الآخر في الحال ولو
الاقرار بدين المهر وارش الجناية لا يؤاخذ العبد الماذون في حال رقه ولا الشريك الآخر ابدا كذا في المبسوط فيصير اي فيصير المقر فيما اذا ابهم بدلالة العرف كما اذا
صرح به اي بسبب التجارة ولو صرح به كان فاسدا فكذا اذا ابهم قال في النهاية ولابي يوسف رح وجهان احدهما ما ذكر في الكتاب والثاني ما ذكره في الذخيرة فقال
ان هذا اقرار صدر من اهله لا محله وقد احتمل الجواز والفساد كما قال محمد الا ان حمله على الجواز متعذر لان الجواز له وجهان الوصية والميراث والجمع بينهما متعذر وليس
احدهما بان يعتبر سببا اولى من الآخر فتعذر الحمل على الجواز فيحكم بالفساد ونظير هذا ما قالوا فيمن اشترى عبدا بالف درهم فقبضه المشتري قبل نقد الثمن ثم باعه المشتري
مع عبد آخر له من البائع بالف وخمسمائة وقيمتهما على السواء كان البيع في الذي اشتراه من البائع فاسدا وان احتمل الجواز لان للجواز وجهين
بان ينصرف اليه مثل الثمن او اكثر والجمع بينهما متعذر وليس احدهما باولى من الآخر فتعذر الحمل على الجواز فحكم بالفساد ولهذا بخلاف
العبد الماذون اذا اقر حيث يجوز لان للجواز جهة واحدة وهي التجارة والفساد جهات وهذا بخلاف ما لو بين سببا يستقيم به وجوب المال

قال ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه

للجنين وصية او ميراثا كان الاقرار صحيحا لان جهة الجواز متعينة وهي ما صرح به فكان محكوما بالجواز انتهى كلامه اقول الوجه الذي ذكر في الذخيرة منظور فيه اما اولا فلانا لا نسلم ان كون كل واحد من الوصية والميراث وجها صالحا لجواز الاقرار للحمل مع تعذر الجمع بينهما وعدم تعين احد منهما في صورة ابهام الاقرار له يقتضي تعذر الحمل على الجواز فيلزم الحكم بالفساد لم لا يكفي في صحة الحمل على الجواز صلاحية وجه ما من الوجهين المذكورين للجواز وان لم يتعين خصوصية واحد منهما الا يرى ان جهالة نفس المقر به لا يمنع صحة الاقرار بالاتفاق فكيف يمنعها جهالة سبب المقر به غاية الامر ان يلزم المقر بيان خصوصية وجه من ذينك الوجهين كما يلزمه بيان خصوصية المقر به المجهول فمن اين يلزم الحكم بالفساد واما ثانيا فلان ذلك الدليل منقوض بما اذا قال لرجل لك على الف درهم ولم يبين سببه فان هذا اقرار بالدين صحيح بلا خلاف مع انه يحتمل الجواز وهو ظاهر والفساد بان يكون بسبب ثمن خمر او خنزير او دم او ميتة ولا شك ان لجواز الدين اسبابا كثيرة متعذرة الاجتماع ليس احدها اولى من الآخر واما ثالثا فلان التنظير المذكور فيه ليس بتام لان الجهالة في مسئلة بيع العبد المشتري مع عبد آخر من البائع ليست في السبب بل في قدر ثمن العبد الذي اشتراه من البائع فانه لما جاز بيعه بوجهين بان يصرف اليه مثل الثمن الاول وبان يصرف اليه اكثر من الثمن الاول ولم يتعين احد ذينك الوجهين بخصوصيته وقعت الجهالة في ثمنه وجهالة الثمن في البيع مفسدة بلا كلام بخلاف جهالة السبب في الاقرار كما تحققته على ان تعليل فساد البيع في تلك المسئلة بما ذكر ليس بتام ايضا لانه ينتقض بصحة بيع عبد آخر له فان لجواز بيعه ايضا وجهين بان يصرف اليه ما بقي من مثل الثمن الاول للعبد المشتري من البائع او ما بقي من اكثر منه فانه اذا صرف الى احدا لعبدين شيئ من الثمن المسمى فيما يكون الباقي منه مصروفا الى الآخر ضرورة فتعدد وجه الجواز في احدهما يقتضي تعدد وجه الجواز في الآخر ايضا مع ان بيع عبد آخر له في المسئلة المزبورة ليس بفاسد اجماعا وينتقض ايضا بصحة بيع العبدين جميعا فيما اذا باع العبد المشتري بالف بعد نقد الثمن مع عبد آخر له من البائع بالف وخمسمائة فان التعليل المذكور يجري في هذه الصورة ايضا بعينه بل مع زيادة لانه يجوز ان يصرف الى العبد المشتري من البائع في هذه الصورة اقل من الثمن الاول بخلاف الصورة الاولى فاز دادا في هذه الصورة وجه آخر للجواز مع تخلف الحكم المذكور فيها ويمكن تعليل فساد بيع العبد المشتري من البائع في الصورة الاولى بوجه آخر لا يرد عليه شيئ من مادتي النقض فتامل وراجع محلها قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه اي لزم المقر ما اقر به له اي لان للاقرار وجها صحيحا وهو الوصية به اي بالحمل من جهة غيره اي غير المقر بان وصى بالحمل مالك الجارية او مالك الشاة لرجل ومات فاقر وارثه وهو عالم بوصية مورثه بان هذا الحمل لفلان واذا صح ذلك الوجه وجب الحمل عليه وهو المراد بقوله فحمل عليه قال الشراح ولا وجه للميراث في هذه الصورة لان من لزمه ميراث في الحمل له ميراث في الحامل اقول ليس الامر كذلك فان الفقهاء صرحوا بان من اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء وسياتي المسئلة بعينها في كتاب الوصايا من هذا الكتاب فحينئذ يجوز ان يوصي مالك الحامل بالحامل لرجل ويستثني حملها ويموت فاذن يصير الحامل للموصى له والحمل لوارث الميت فلو اقر الموصى له بعد ان قبض الحامل باستحقاقه اياها بان حمل هذه الحامل لوارث الميت المزبور صح اقراره وكان له وجه صحيح وهو الميراث فلا وجه لقولهم لا وجه للميراث في هذه الصورة ولا لتعليلهم اياه بان من له ميراث في الحمل له ميراث في الحامل تامل جدا فان ما ذكرته وجه حسن دقيق لم يتنبه له الجمهور ثم اقول انه يشكل بهذه المسئلة الوجه الذي ذكر في الكتاب وفي المبسوط من قبل ابي يوسف رحمه الله في المسئلة الاولى في صورة ابهام الاقرار فان مطلق الاقرار لم ينصرف ههنا الى الاقرار بسبب التجارة بان يبيع الحمل من المقر له ونحو ذلك من سبب التجارة لغير الصالحة في حق الحمل بل صرف عندهم جميعا الى الاقرار بسبب صحيح غير سبب التجارة فلم يتم ما ذكر في ذلك الوجه من ان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة فيصير كما اذا صرح به فتدبر وقد رام جماعة من الشراح بيان الفرق لابي يوسف رحمه الله بين هذه المسئلة والمسئلة الاولى فقال صاحب الغاية والفرق لابي يوسف رحمه الله بين هذه المسئلة حيث جوز الاقرار بالحمل وبين المسئلة الاولى حيث لم يجوز الاقرار بالحمل اذا ابهم الاقرار ان ههنا طريق

قال ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم ينعدم بهذا الشرط الباطل

باب الاستثناء

وما في معناه **قال** ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي

التصحيح متعين وهو الوصية بخلاف الاولى فان طريق التصحيح غير متعين لازدحام الميراث الوصية والى ذلك اشار محمد رح في الاصل لابي يوسف قال ارأيت لو ولدت غلاما وجارية كيف يقسم المال بينهما أثلاثا باعتبار الميراث ام نصفين باعتبار الوصية ففيه اشارة الى ان جواز الاقرار متعدد لاحتماله وجهين ارثا ووصية انتهى وقال صاحب النهاية فقد ذكرنا آنفا انه اذا كانت جهة الجواز متعددة لا تحمل على الجواز لتزاحم جهات الجواز ولم تكن احدهما في الحمل عليها باولى من الآخر واما اذا تعينت جهة الجواز فيحمل عليها فيصح الاقرار به كما في هذه المسئلة فان مزاحمة الميراث الوصية في حق الحمل عليه غير صحيح لان الوارث اذا كان له نصيب في الحمل كان له نصيب ايضا في الام لشيوع حقه في جميع التركة واما الوصية يحمل جارية او حمل شاة لا تكون وصية بالام فتعينت الوصية جهة للجواز فيجوز وهذا هو الفرق لابي يوسف رح في صحة اقراره مطلقا بحمل جارية لانسان وعدم صحة اقراره مطلقا للحمل بما ذكرنا ان هناك لصحة اقراره مطلقا جهتين الميراث والوصية وليس احدهما اولى من الاخرى فيبقى على البطلان انتهى وهكذا ذكر الفرق صاحب الكفاية ايضا اقول مدار ما ذكروه من الفرق على حرفين احدهما ان تعدد جهة الجواز ينافي الحمل على الجواز وثانيهما ان جهة الجواز في هذه المسئلة منحصرة في الوصية وقد عرفت ما في كل واحد فيهما بما ذكرناه في المقامين فيما مر آنفا قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط يعني ومن اقر لرجل بشيء على انه بالخيار في اقراره ثلثة ايام صح الاقرار وبطل الشرط اما بطلان الشرط وهو الاهم بالبيان فلما ذكره المص بقوله لان الخيار للفسخ اي لاجل الفسخ والاخبار لا يحتمله اي لا يحتمل الفسخ يعني ان الاقرار اخبار والاخبار لا يحتمل الفسخ لان الخبر ان كان صادقا فهو واجب العمل به اختاره او لم يختره وان كان كاذبا فهو واجب الرد لا يتغير باختياره وعدم اختياره وانما تاثير اشتراط الخيار في العقود ليتغير به صفة العقد ويتخير به من له الخيار بين فسخه وامضائه واما صحة الاقرار التي حكمها لزوم المقر به كما اشار اليه بقوله ولزمه المال اي ولزم المقر المال الذي اقر به فلما ذكره بقوله لوجود الصيغة الملزمة وهي قوله علي ونحو ذلك ولم ينعدم اي اللزوم وقيل اي الاخبار بهذا الشرط الباطل يعني شرط الخيار اذ لا تاثير للباطل ولان الخيار في معنى التعليق بالشرط فيما دخل عليه وهو حكم العقد والاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط فكذلك لا يحتمل اشتراط الخيار الا ان التعليق يدخل على اصل السبب فيمنع كون الكلام اقرارا والخيار يدخل على حكم السبب فاذا انتفى حكم الاقرار وهو اللزوم وكان التعليق بالشرط يمنع وقوع الطلاق واشتراط الخيار لا يمنعه كذا في المبسوط وغيره قال في المحيط البرهاني هذا اذا اقر بالمال مطلقا ولم يبين السبب فاما اذا بين السبب بان قال لفلان علي الف درهم من قرض او غصب بعينه او مستهلك او وديعة بعينها او مستهلكة على اني بالخيار فالخيار باطل والمال لازم لانه وان بين السبب لا ان اشتراط الخيار فيما بين من السبب لا يصح لان سبب الوجوب ان كان استهلاكا فالاستهلاك بعد تحققه لا يحتمل الفسخ فلا يصح اشتراط الخيار فيه وان كان قرضا او غصبا بعينه او وديعة بعينها فكذلك لا يصح اشتراط الخيار فيه وان كان قابلا للفسخ بالرد لان حق الفسخ للمقر ثابت من غير خيار بان يرد ما قبض فينفسخ القرض والغصب فلا يكون في اشتراط الخيار فائدة ولو قال لفلان علي الف درهم من ثمن بيع على ان المقر بالخيار لم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الاصل في جانب المقر انما ذكره في جانب المقر له ولا شك ان المقر له اذا لم يصدق المقر في الخيار لا يثبت له الخيار لانه في الحاصل يدعي شراء بشرط الخيار وقد انكر البائع الخيار ولا شك انه يثبت متى صدقه المقر له في ذلك لان هذا اشتراط الخيار في سبب الوجوب هو الشرى واشتراط الخيار في الشرى يستقيم بخلاف ما اذا ذكر المال مطلقا ولم يبين السبب لان هناك الخيار مشروط في الاقرار واشتراط الخيار في الاقرار لا يستقيم فان كذبه المقر له في الخيار فاراد هو ان يقيم بينة على الخيار لم يذكره محمد رحمه الله هذا الفصل في الاصل قالوا ويجب ان لا تسمع بينته لان البينة انما تسمع اذا ترتب على دعوى صحيحة ودعوى الخيار من المقر ههنا لم تصح لمكان المناقضة الى هنا لفظ المحيط

باب الاستثناء وما في معناه لما ذكر موجب الاقرار بلا مغير شرع في بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء وما في معناه في كونه مغيرا كالشرط وغيره لان الاصل عدم التغيير قال اي القدوري في مختصره ومن استثنى متصلا باقراره اي موصولا باقراره لا مفصولا عنه صح الاستثناء ولزمه الباقي اي لزم المقر الباقي

لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه في الطلاق

بعد الثنيا لان الاستثناء مع الجملة اي مع صدر الكلام عبارة عن الباقي فان معنى قوله علي عشرة الا واحدا يعني علي تسعة لما عرف في الاصول ولكن لا بد من الاتصال لان الاستثناء بيان تغيير فيصح بشرط الوصل وهذا قول عامة العلماء ونقل عن ابن عباس رضي الله عنه جواز التأخير وقد عرف ذلك ايضا في الاصول وسواء استثنى الاقل اي الاقل من الباقي كما في قوله لفلان علي الف الا اربعمائة او الاكثر منه كما في قوله لفلان علي الف الا ستمائة يعني لا فصل بين كون المستثنى اقل او اكثر وهو ايضا قول الاكثر وفي الغاية وقال الفراء استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لم تتكلم بذلك وفي معراج الدراية وقال الفراء لا يجوز استثناء الاكثر من الاقل عن احمد رح مثله انتهى وفي الكافي عن ابي يوسف رح وهو قول مالك والفراء انه لا يصح استثناء الاكثر انتهى ويوافقه ما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه حيث قال لما اذا قال لفلان علي الف الا تسعمائة وخمسين درهما فان الاستثناء يصح ويكون عليه خمسون درهما وهذا عندنا وعند مالك والفراء وهو قول ابي يوسف رح على ما روي عنه في غير رواية الاصول لا يصح الاستثناء ويلزمه الالف لان المستثنى اكثر من المستثنى منه انتهى قال جماعة من الشراح والدليل على جواز ذلك عندنا قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه او انقص منه قليلا او زد عليه اقول في كون هذه الآية الكريمة دليلا على جواز استثناء الاكثر نظر لان صاحب الكشاف قال في تفسيرها نصفه بدل من الليل والا قليلا استثناء من النصف كانه قال قم اقل من نصف الليل ثم قال وان شئت جعلت نصفه بدلا من قليلا فعلى كلا الوجهين لم يكن الاستثناء المذكور من قبيل استثناء الاكثر اما على الوجه الاول فلان المستثنى لا يكون حينئذ قدرا معينا مخصوصا حتى يحكم بانه اكثر من الباقي نعم يعلم حينئذ انه اقل من النصف لكن يجوز ان يكون في ذلك اقل من الباقي ايضا واما على الوجه الثاني فلان المستثنى يكون حينئذ هو النصف لا الاكثر والمدعي جواز استثناء الاكثر فالاظهر في الاستدلال عليه ما ذكر في كثير من الشروح وهو ان طريق صحة الاستثناء بان يجعل عبارة عما وراء المستثنى ولا فرق في ذلك بين استثناء الاقل والاكثر وعدم تكلم العرب به لا يمنع صحته اذا كان موافقا لطريقهم الا يرى ان استثناء الكسور لم تتكلم به العرب وكان صحيحا ويوافقه ما ذكره صاحب البدائع حيث قال واما استثناء الكثير من القليل بان قال لفلان علي عشرة دراهم الا تسعة فجائز في ظاهر الرواية ويلزمه درهم الا ما روي عن ابي يوسف رح انه لا يصح وعليه العشرة والصحيح جواب ظاهر الرواية لان المنقول عن ائمة اللغة ان الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا وهذا المعنى كما يوجد في استثناء القليل من الكثير يوجد في استثناء الكثير من القليل الا ان هذا النوع من الاستثناء غير مستحسن عند اهل اللغة لانهم انما وضعوا الاستثناء لحاجتهم الى استدراك الغلط ومثل هذا الغلط يندر وقوعه غاية الندرة فلا حاجة الى استدراكه لكنه يحتمل الوقوع في الجملة فيصح انتهى كلامه ثم ان لجواز استثناء الاكثر دليلا آخر قويا ذكره ابن الحاجب في مختصره من اصول الفقه وهو قوله تعالى ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين فان الغاوين اكثر بدليل قوله تعالى وما اكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين فان استثنى الجميع اي الكل بان قال لفلان علي الف درهم الا الف درهم لزمه الاقرار اي لزم المقر جميع ما اقر به وبطل الاستثناء اي بطل ما ذكره في صورة الاستثناء لانه اي لان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا اي بالباقي بعد الثنيا ولا حاصل بعده اي ولا باقي بعد استثناء الجميع فلم يتحقق معنى الاستثناء فيكون رجوعا اي فيكون ما ذكره في صورة الاستثناء رجوعا عن الاقرار لا محالة لا استثناء حقيقيا والرجوع عن الاقرار في حقوق العباد باطل وان كان موصولا لانه انما يصح موصولا ما يكون فيه معنى البيان لا ما ليس من البيان في شيء كذا في المبسوط وغيره قال في غاية البيان وكذلك اذا استثنى اكثر من الالف لانه لما لم يجز استثناء الالف من الالف فلان لا يجوز استثناء الالف وزيادة اولى قال المصنف رح وقد مر الوجه في الطلاق اي في فصل الاستثناء في كتاب الطلاق اعلم ان هذا الذي ذكره فيما اذا كان المستثنى من جنس لفظ المستثنى منه واما اذا كان المستثنى من خلاف جنس لفظ المستثنى منه صح الاستثناء وان اتى على جميع المستثنى منه نحو ان يقول نسائي طوالق الا هؤلاء وليس له نساء الا هؤلاء صح الاستثناء ولم تطلق واحدة منهن ولو قال نسائي طوالق الا نسائي لم يصح الاستثناء وطلقن كلهن وكذا لو قال عبيدي احرار الا عبيدي لم يصح الاستثناء وعتقوا

ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز وهذا عند ابي حنيفة رح
وابي يوسف رح ولو قال له علي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد رح لا يصح فيهما وقال الشافعي رح
يصح فيهما لمحمد ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي رح انهما اتحدا جنسا من حيث المالية

كلهم ولو قال عبيدي احرار الا هؤلاء وليس له عبيد غير هؤلاء لم يعتق واحد منهم وكذلك لو قال اوصيت بثلث مالي الا الف درهم ومالي ثلث ماله الف درهم صح الاستثناء
وبطلت الوصية ولو قال اوصيت بثلث مالي لفلان الا ثلث مالي كان للموصى له ثلث ماله ولا يصح الاستثناء كذا في شرح الطحاوي ولقد افصح المصنف رح عن هذا
في الباب الاول من ايمان الزيادات حيث قال استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ اما اذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح كما قال نسائي طوالق
الا نسائي لا يصح الاستثناء ولو قال الا عمرة وزينب وسعاد صح وان اتى على الكل صح انتهى وقال صاحب النهاية بعد نقل ذلك ههنا وهذا الفقه وهو ان الاستثناء تصرف لفظي فيتبنى
على صحة اللفظ لا على صحة الحكم الا يرى انه اذا قال لامرأته انت طالق ست تطليقات الا اربعا يصح الاستثناء حتى يقع تطليقتان وان كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم
لان الطلاق لا مزيد له على الثلث ومع هذا لا يجعل كانه قال انت طالق ثلثا الا اربعا لما ذكرنا ان صحة الاستثناء تتبع صحة اللفظ دون الحكم وتحقيقه هو ان الاستثناء متى وقع
بغير اللفظ الاول فهو يصلح لاخراج بعض ما تناوله صدر الكلام او للتكلم بالحاصل بعد الثنيا لانه انما صار كالا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لامر يرجع الى ذات اللفظ وتصور
ان يدخل في ملكه غير هؤلاء الجواري او العبيد واذا كان كذلك صح الاستثناء بخلاف ما اذا وقع الاستثناء بعين ذلك اللفظ لانه لا يصلح لاخراج بعض ما تناوله ولا للتكلم
بالحاصل بعد الثنيا فلم يصح الاستثناء انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب الكفاية في بيان الفقه والتحقيق بعين تحريره وصاحب الغاية ايضا ولكن بتغيير اسلوب تحريره
اقول التحقيق الذي ذكروه مما لا يساعده لفظ المصنف في الزيادات لان قولهم ان الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الاول فهو يصلح لاخراج بعض ما تناوله صدر الكلام
او للتكلم بالحاصل بعد الثنيا انما يتمشى عند كون غير اللفظ الاول اخص من اللفظ الاول بحسب المفهوم واما عند كونه مساويا له بحسب المفهوم كما لو قال نسائي
كذا الا حلائلي او الا ازواجي او كونه اعم منه بحسبه كما لو قال نسائي طوالق الا اناسي فلا يتمشى ذلك قطعا وقول المصنف رح في الزيادات اما اذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح
يتناول ما كان مساويا له وما كان اعم منه ايضا لان كل واحد منهما غير ذلك اللفظ لا عينه فيقتضي ان يصح الاستثناء فيهما ايضا وليس الامر كذلك كما صرحوا به
قال في التوضيح بعد ان قال الاستثناء المستغرق باطل واصحابنا قيدوه بلفظه او بما يساويه نحو عبيدي احرار الا عبيدي او الا مماليكي لكن ان استثنى بلفظ يكون
اخص منه في المفهوم لكن في الوجود يساويه يصح نحو عبيدي احرار الا هؤلاء ولا عبيد له سواهم انتهى وقال بعض الافاضل في اصوله بعد ان قال الاستثناء المستغرق
باطل بالاتفاق وقال مشائخنا هذا اذا كان بلفظه نحو نسائي طوالق الا نسائي او بما يساويه نحو نسائي طوالق الا حلائلي او بما عم منه وان استثنى بلفظ يكون اخص منه
في المفهوم يصح وان كان يساويه في الوجود نحو نسائي طوالق الا زينب وهند وبكرة وعمرة او الا هؤلاء ولا نساء له سواهن حتى لا يطلق واحدة منهن انتهى كلامه فقد ذكرنا فيما نقلنا عنهما بيان
عدم صحة الاستثناء فيما اذا كان المستثنى اكثر من المستثنى منه اي اعم منه ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز هذا لفظ القدوري
في مختصره يعني يصح الاستثناء ويطرح من المائة قيمة الدينار او قيمة قفيز الحنطة قال المصنف وهذا اي الحكم المذكور عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله استحسانا ولو قال
له علي مائة اي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء قياسا واستحسانا بالاتفاق اصحابنا وقال محمد رح لا يصح فيهما اي في الوجهين وهو القياس وبه قال زفر رح واحمد رح
وقال الشافعي رح يصح فيهما اي في الوجهين وبه قال مالك رح لمحمد رح ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ يعني ان الاستثناء تصرف في اللفظ وهو اخراج بعض ما تناوله
صدر الكلام على معنى انه لولا الاستثناء لكان المستثنى داخلا تحت صدر الكلام وهذا المعنى لا يتحقق في خلاف الجنس اي في استثناء خلاف الجنس واطلاق الاستثناء
على المنقطع بطريق المجاز وللشافعي رح انهما اي المستثنى والمستثنى منه اتحدا جنسا من حيث المالية يعني ان الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع
بتحقق المقتضي وهو التصرف اللفظي قال في الكافي والكلام مع الشافعي رح بناء على الاختلاف في كيفية عمل الاستثناء فعنده الاستثناء يمنع الحكم بطريق المعارضة
اي انما يمتنع ثبوت الحكم في المستثنى لدليل معارض كدليل الخصوص في العام فتقدير قوله لفلان علي عشرة الا درهما فانه ليس علي فعدم لزوم الدرهم للدليل المعارض

وهذا لان المجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية وهذا في الدينار ظاهر وفي المكيل والموزون اوصافهما اثمان

الاول كلامه الا انه يصير بالاستثناء كانه لم يتكلم به لان اهل اللغة قالوا ان الاستثناء من النفي اثبات ومن الاثبات نفي وهذا اجماع منهم ان للاستثناء حكما يعارض حكم الصدر ولان كلمة الشهادة كلمة توحيد بالاتفاق فلو لم يكن للاستثناء حكم يضاد حكم الصدر كان هذا نفيا للشركة لا توحيدا فاذا ثبت هذا الاصل فقال العمل بالدليل المعارض واجب بحسب الامكان وقد امكن ههنا المجانسة من حيث المالية وعندنا الاستثناء يمنع التكلم بحكمه بقدر المستثنى فيصير كالتكلم بما وراء المستثنى ويخرج كلامه في القدر المستثنى من ان يكون ايجابا بقوله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما وامتناع ثبوت الحكم لقيام الدليل المعارض يكون في الايجاب لا في الاخبار وقد قال اهل اللغة قاطبة ان الاستثناء استخراج وتكلم بالباقي بعد الثنيا فيجمع بين القولين ونقول انه استخراج وتكلم بالباقي بوضعه واثبات ونفي باشارته واختير الاثبات في كلمة التوحيد والنفي قصدا لانه المقصود اذ الكفار يقرون به الا انهم يشركون معه غيره قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله فاذا ثبت هذا الاصل فنقول الخ وسلك صاحب النهاية هذا المسلك في حل هذا المقام الا انه قال في اثناء تقرير كلام الشافعي رح بعد قوله يجب العمل بالدليل المعارض بحسب الامكان فان كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين فيمتنع العمل بقدره وان لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة فيمتنع ثبوت الحكم بقدر قيمة المستثنى وقد اقتفى اثره بعض من الشراح وقال صاحب الغاية وكلام المصنف كما ترى يشير الى ان المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعي رح ايضا وهو الحق وقرر الشارحون كلامه على انها ليست بشرط بناء على ان الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة وليس بصحيح لانه يقول بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ونحن نقول بان الاستثناء لبيان ان الصدر لم يتناول المستثنى فهو احوج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول هذا انتهى كلامه اقول لم يقل احد من الشارحين بان المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه ليست بشرط عند الشافعي رح سوى صاحب الغاية فانه قال خلافا للشافعي رح لان الاستثناء كلام آخر يعارض الصدر بحكمه وليس من شرطه المجانسة الا يرى الى قوله ﴿ وبلدة ليس بها انيس ❊ الا اليعافير والا العيس ﴾ فقد استثنى من خلاف الجنس انتهى واما ما قاله صاحب النهاية ومن تبعه من انه ان كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين وان لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة فليس بدال على ذلك لان المراد بالجنس في قولهم ان كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين ما هو جنس صورة ومعنى لا مطلق الجنس الشامل لما هو جنس معنى فقط والا لم يتم قولهم كان الدليل المعارض في العين كما لا يخفى على المتامل فكان المراد بالجنس في قولهم وان لم يكن من جنسه ما هو جنس صورة ومعنى ايضا فالمفهوم منه انتفاء المجانسة بهذا المعنى في بعض مواد الاستثناء وهذا لا ينافي كون المجانسة في الجملة شرطا عنده اي عند الشافعي ايضا في جميع مواد الاستثناء كما بين الدرهم والثوب من حيث المالية فقول الشارح الاكمل قرر الشارحون كلامه على انها ليست بشرط ليس بتام ولهما اي لابي حنيفة رح وابي يوسف رح ان المجانسة في الاول اي في الوجه الاول وهو قوله له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة ثابتة من حيث الثمنية يعني ان شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهي في الوجه الاول ثابتة من حيث الثمنية دون الوجه الثاني وهو قوله علي مائة درهم الا ثوبا قال في العناية وتحقيقه ان عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا يرتاب فيه احد وانما الكلام في تناولها اياه حكما فقلنا يتناول ما كان على اخص اوصافها الذي هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددي المتفاوت اما الدينار فظاهر يعني اما ثبوت المجانسة من حيث الثمنية في صورة استثناء الدينار في الوجه الاول فظاهر لان كلا من الدينار والدرهم من جنس الاثمان من حيث الذات بلا اشتباه وفي المكيل والموزون اوصافهما اثمان يعني واما ثبوت المجانسة من حيث الثمنية في صورة استثناء قفيز حنطة في الوجه الاول فلان المكيل والموزون اوصافهما اثمان توضيحه ان المكيلات والموزونات اثمان باوصافها وان لم تكن اثمانا من حيث الذات حتى لو عينت في العقد تعلق العقد بعينها الا انها اذا وصفت تثبت في الذمة حالا او مؤجلا ويجوز الاستقراض بها فكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد معنى وان كانت اجناسا صورة والاستثناء استخراج

أما الثوب فليس بثمن أصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا صلح مقدرا بالدراهم فصار بالقدر مستثنى من الدراهم وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح **قال** ومن أقر بحق وقال إن شاء الله متصلا بإقراره لا يلزمه الإقرار لأن الاستثناء بمشيئة الله إما إبطال أو تعليق فإن كان الأول فقد بطل وإن كان الثاني فكذلك إما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط أو لأنه شرط لا يوقف عليه

ويتكلم بالباقي معنى لا صورة لأنه تكلم بالمائة صورة كذا في الكافي والشروح (أما الثوب) في الوجه الثاني (فليس بثمن أصلا) أي لا ذاتا ولا وصفا (ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة) بل يثبت سلما وما يجري مجرى السلم كالبيع بثياب موصوفة مؤجلا فلم يكن استثناؤه من الدراهم استخراجا صورة ولا معنى فكان باطلا (وما يكون ثمنا صلح مقدرا) بالكسر الدال على أنه اسم الفاعل للدراهم لما دخل تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة بينهما باعتبار كونهما في جعل الأوصاف (فصار بالقدر مستثنى من الدراهم) بالقيمة فصار تقدير الكلام له علي مائة إلا قدر قيمة المستثنى وفي الذخيرة وإذا صح الاستثناء يطرح قدر قيمة المستثنى عن المقر به وإن كانت قيمة المستثنى تستغرق ما أقر به لا يلزمه شيء (وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا) للدراهم لعدم المجانسة (فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا) وفي بعض النسخ فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا (فلا يصح) أي الاستثناء فيجبر على البيان ثم لا يمتنع صحة الإقرار لما تقرر أن جهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار ولكن جهالة المستثنى تمنع صحة الاستثناء لأن جهالة المستثنى تورث جهالة في المستثنى منه فيبقى المقر به مجهولا كذا في النهاية ومعراج الدراية قال في العناية ولقائل أن يقول السبب ثمين لا يصلح أن يكون مقدرا من حيث اللفظ أو من حيث القيمة والأول مسلم وليس الكلام فيه والثاني ممنوع فإن المقدرات تقدر الدراهم من حيث القيمة والجواب أن التقدير الاستثنائي يقتضي حقيقة التجانس ومعناه بما ذكرنا من حيث جعل الأوصاف استحسانا فلا بد من تقدير التجانس ثم المصير إلى القيمة وليس ذلك في غير المقدرات انتهى أقول بقي ههنا كلام آخر وهو أنهم صرحوا بأن ما يكون ثمنا بوصفه كالمكيل والموزون إنما يكون ثمنا واجبا في الذمة بسبب الوصف كالحنطة الربيعية والخريفية بالسبب لا لذات والتعيين حتى لو عين تعلق العقد بعينه فيكون بيع مقايضة ولا يجب في الذمة ولو وصف ولم يعين صار حكمه كحكم الدينار والدرهم فيجب في الذمة فالظاهر أن مثل هذا إنما يصلح أن يكون مقدرا للدراهم إذا كان موصوفا لا مطلقا وفي مسألتنا هذه لم يوصف قفيز حنطة مثلا فلا يصلح أن يكون مقدرا للدراهم فيبقى المستثنى من الدراهم مجهولا في هذا الوجه أيضا فينبغي أن لا يصح الاستثناء في قوله إلا قفيز حنطة فليتأمل في الجواب (قال) أي القدوري في مختصره (ومن أقر بحق وقال إن شاء الله متصلا بإقراره لم يلزمه الإقرار) قال في الباب الأول من إقرار المبسوط ولو قال غصبتك هذا العبد أمس إن شاء الله لم يلزمه شيء استحسانا وفي القياس استثناؤه باطل لأن ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط وذلك إنما يصح في الإنشاءات دون الإخبارات ولكنه استحسن لأن الاستثناء يخرج الكلام من أن يكون عزيمة لا أن يكون في معنى الشرط فإن الله تعالى أخبر عن موسى عليه السلام حيث قال ستجدني إن شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يعاتب على ذلك والوعد من الأنبياء كالعهد من غيرهم فعلم أن الاستثناء مخرج للكلام من أن يكون عزيمة وقال صلى الله عليه وسلم من استثنى فله ثنياه والإقرار لا يكون ملزما إلا بكلام هو عزيمة لكن إنما يعمل هذا الاستثناء إذا كان موصولا بالكلام لا إذا كان مفصولا عنه فإن المفصول بمنزلة النسخ والتبديل والمقر لا يملك ذلك في إقراره فكذا لا يملك الاستثناء المفصول وهو بخلاف الرجوع عن الإقرار فإنه لا يصح وإن كان موصولا لأن رجوعه نفي لما أثبته فكان تناقضا منه والتناقض لا يصح مفصولا كان أو موصولا أما هذا فبيان فيه تغيير وبيان التغيير يصح موصولا لا مفصولا لأنه بمنزلة التعليق بالشرط انتهى ما في المبسوط قال المصنف رحمه الله في تعليل مسألة الكتاب (لأن الاستثناء بمشيئة الله إما إبطال) كما هو مذهب أبي يوسف رحمه الله (أو تعليق) كما هو مذهب محمد رحمه الله كذا ذكره الإمام قاضيخان في طلاق الجامع الكبير واختاره بعض شراح هذا الكتاب وقيل الاختلاف على العكس كما ذكر في طلاق الفتاوى الصغرى والتتمة واختاره بعض آخر من شراح هذا الكتاب وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا قدم المشيئة فقال إن شاء الله أنت طالق فعند من قال إنه إبطال لا يقع الطلاق وعند من قال إنه تعليق يقع فإنه إذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فيقع وكيف ما كان لم يلزمه الإقرار كما نبه المصنف رحمه الله بقوله (فإن كان الأول) وهو الإبطال (فقد بطل وإن كان الثاني) وهو التعليق (فكذلك إما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط) لأن الإقرار إخبار بما سبق والتعليق إنما يكون بالنسبة إلى المستقبل وبينهما منافاة ولأنه إخبار متردد بين الصدق والكذب فإن كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وإن كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلغا التعليق بالشرط (أو لأنه شرط لا يوقف عليه) إلا بالاطلاع عليه فإن وقوع مشيئة الله تعالى مما لا يمكن الاطلاع عليه فصار التعليق بما لا يوقف عليه

كما ذكرنا في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء رأس الشهر او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة فيكون تأجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالا **قال** ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ

غير صحيح لانه يكون عدما من الاصل كما ذكرنا في الطلاق اي في فصل الاستثناء من كتاب الطلاق ولو قال لفلان علي الف ان شاء فلان فقال فلان قد شئت فهذا اقرار باطل لانه علقه بشرط في وجوده خطر والاقرار لا يحتمل التعليق بالخطر لان التعليق بما فيه خطر يمين والاقرار لا يحلف به ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلا يليق التعليق به اصلا انما التعليق فيما هو ايجاب ليتبين به انه ليس بايقاع ما لم يوجد الشرط وكذلك كل اقرار علق بالشرط او الخطر نحو قوله ان دخلت الدار وان مطرت السماء وان هبت الريح او ان قضى الله تعالى او ان اراد الله او رضيه او وجبه او قدره او يسره او ان بشرت بذلك وان اصبت مالا او ان كان كذلك وان كان حقا وهذا كله مبطل للاقرار اذا وصله بالكلام الذي ذكرنا كذا في النهاية نقلا عن المبسوط وفي غاية البيان نقلا عن شرح الكافي للحاكم الشهيد بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء رأس الشهر او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة من حيث العرف لان الناس يعتادون ذكر هذه الاشياء محل الاجل فحسب لان الدين المؤجل يصير حالا بالموت ومجيء رأس الشهر والفطر من آجال الناس فتركت الحقيقة للعرف فيكون تأجيلا اي فيكون ذكر هذه الاشياء منه تأجيلا اي دعوى الاجل الى الاوقات المذكورة لا تعليقا اي لا يكون تعليقا بالشرط حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالا لان دعوى الاجل من المقر غير مقبولة عندنا الا ان يثبته بالبينة او يصدقه المقر له كما تقدم قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه بان قال هذه الدار لفلان الا بناءها فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى اي تبعا لا لفظا اي لا مقصودا باللفظ لان البناء وصف في الدار والوصف يدخل تبعا لا قصدا ولهذا لو استحق البناء قبل القبض في بيع الدار لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري والاستثناء تصرف في الملفوظ الملفوظ عبارة عما وراء المستثنى فما لا يتناوله اسم الدار لا يتحقق فيه عمل الاستثناء كذا قالوا اقول هذا وان كان موافقا لما ذكره المص وغيره في كتاب الايمان من ان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم والبناء وصف فيها الا انه مخالف لما ذكر في كتب اللغة فانه قال في المغرب الدار اسم جامع للبناء والعرصة وقال في القاموس الدار المحل يجمع البناء والعرصة ولا يخفى ان الظاهر المتبادر من ذلك ان يكون الدار اسما لمجموع البناء والعرصة لا اسما للعرصة وحدها فتامل قال الشراح فان قلت يشكل بما ذكر بما اذا قال لفلان علي الف درهم الا قفيز حنطة فان الحنطة دخلت في الدراهم معنى لا لفظا حتى يصح استثناؤه قلت الدراهم تتناول الحنطة من حيث المعنى فيتناولها اللفظ من جهة المعنى فيصح الاستثناء ولا كذلك الدار فانها ليست باسم للعرصة والبناء حتى يكون ذكر الدار ذكر البناء بطريق التناول قصدا بل الدار اسم للعرصة والبناء صفة له على ما ذكرنا والوصف يدخل تبعا لا قصدا فلا يصح استثناء الوصف فافترقا انتهى كلامه واقتفى اثره الشارح العيني اقول التعرض للفرق بين المسئلتين مما لا بد منه جدا وقد اهمله اكثر الشراح لكن المرتبة التي ذكرها الشارحان المزبوران لا تقطع الكلام ههنا اذ لقائل ان يقول ان اريد تتناول الدراهم الحنطة من حيث المعنى تناولها اياها من حيث المعنى الوضعي للفظ الدراهم فهو ممنوع جدا الا يرى الى ما مر في تلك المسئلة من ان التحقيق ان عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا يرتاب فيه احد وانما الكلام في تناولها اياه حكما فقلنا يتناول ما كان على اخص اوصافها الذي هو الثمنية وان اريد بذلك تناولها اياها من حيث الحكم فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعا اذ المصنف رح صرح ههنا بان الاستثناء تصرف في الملفوظ فتناول لفظ الدراهم الحنطة من جهة الحكم لا يكفي في صحة الاستثناء كيف ولو كفى تناول لفظ الدراهم الحنطة من حيث الحكم فقط في صحة استثناء الحنطة من الدراهم لكفى تناول اسم الدار البناء من حيث الحكم فقط ايضا في صحة استثناء البناء من الدار فان البناء داخل في بيع الدار وفي حكم الاقرار بالدار ونحوهما حتى يملك المشتري والمقر له البناء ايضا فلا بد من زيادة ايضاح وتقرير فنقول المراد بذلك التناول من حيث الحكم لكن قصدا لا تبعا والدراهم تتناول الحنطة باعتبار كونها على اخص اوصافها الذي هو الثمنية تناولا قصديا لا تبعيا فان ما تحقق فيه الثمنية كالدنانير والمكيل والموزون الجيد المتقارب من قبيل الذوات فيجوز ان يكون مقصودا من الدراهم لمشاركته اياها في اخص اوصافها وهو الثمنية وكونه باعتبار ذلك بمنزلة جنس واحد ولا كذلك الدار

والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لانه داخل فيه
لفظا ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض دون
البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة ارضا حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار

مع البناء فان البناء وصف للدار فلا يدخل في حكمها الا تبعا وبالجملة فرق بين ما يتناوله اللفظ حكما وبين ما يتبع متناوله في الحكم فان الاول مدلول حكمي للفظ مقصود فيه
اصالة فيكون استثناؤه تصرفا في الملفوظ اي في مدلول اللفظ حكما فيصح والثاني خارج عن مدلول اللفظ وضعا وحكما غير مقصود منه اصالة لكنه تابع لمدلوله في الحكم الثابت
له فلا يكون استثناؤه تصرفا في الملفوظ فلا يصح قال المصنف رح والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار يعني لا يصح استثناء الفص في الاقرار بالخاتم
ولا استثناء النخلة في الاقرار بالبستان كما لا يصح استثناء البناء في الاقرار بالدار لانه اي لان كل واحد من الفص والنخلة يدخل فيه اي يدخل في الصدر تبعا لا لفظا والاستثناء
تصرف في الملفوظ كما مر قال بعض العلماء قول المصنف رح ههنا ان الفص يدخل تبعا لا لفظا ينافي قوله فيما مر ان اسم الخاتم يشمل الكل اقول يمكن ان يقال ان مراده بشمول
اسم الخاتم الكل في قوله السابق اعم من الشمول القصدي والتبعي ومراده بنفي دخول الفص في الخاتم لفظا في قوله اللاحق نفي الدخول القصدي فلا منافاة بينهما قال في
البدائع ولو اقر لانسان بدار واستثنى بناءها لنفسه فالاستثناء باطل لان اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة في اللغة وانما البناء فيها بمنزلة الصفة
فلم يكن المستثنى من جنس المستثنى منه فلم يصح الاستثناء ويكون الدار مع البناء للمقر له لانه ان لم يكن اسما عاما لكنه يتناول هذه الاجزاء بطريق التضمن كمن اقر لغيره بخاتم له
الحلقة والفص لانه اسم عام بل هو اسم لمسمى احد وهو المركب من الحلقة والفص ولكنه يتناوله بطريق التضمن انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان قوله لان اسم الدار
لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة مما لا يساعده كتب اللغة الا يرى الى ما قال في المغرب الدار اسم جامع للبناء والعرصة والى ما قال في القاموس الدار المحل
يجمع البناء والعرصة واما ثانيا فلان قوله لان يتناول هذه الاجزاء بطريق التضمن يدل على ان البناء جزء من معنى اسم الدار وهذا مع كونه مخالفا لما قاله اولا من ان اسم الدار
لا يتناول البناء لغة يقتضي صحة استثناء البناء لنفسه للقطع بصحة استثناء الجزء من الكل كما لو قال له علي عشرة الا واحدا لا يقال يجوز ان يكون مراده بالتضمن معنى التبعية الآخر
فيئول الى ما قاله المصنف رح وغيره لانا نقول مع اباء قوله هذه الاجزاء عن ذلك التوجيه جدا يمنعه قوله في نظيره بمسئلة الاقرار بالخاتم بل هو اسم لمسمى احد وهو المركب من الحلقة
والفص ولكنه يتناوله بطريق التضمن فانه نص في دخول الفص كالحلقة بطريق الاصالة دون التبعية وهو خلاف ما صرح به المصنف وسائر الثقات بخلاف ما اذا قال الا ثلثها
اي اذا قال هذه الدار لفلان الا ثلثها او الا بيتا منها حيث يصح الاستثناء ويكون للمقر له ما عدا الثلث الدار وما عدا البيت لانه اي لان كل واحد من الثلث والبيت
داخل فيه اي في الصدر الذي هو الدار لفظا ومقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن كذا قالوا اقول كون البيت داخلا في الدار لفظا ومقصودا
مشكل على القول بان الدار اسم للعرصة كما ذكروه في كتاب الايمان استدلوا به على ان من حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدمت وصارت صحراء حيث اذ على تقدير
ان يكون البيت داخلا في الدار لفظا ومقصودا يكون جزءا من مدلول لفظ الدار فلا يكون الدار حينئذ اسما للعرصة فقط بل لمجموع العرصة والبيوت فاذا انهدمت وصارت
صحراء لزم ان تنعدم بانعدام بعض اجزائها فلم يظهر وجه الحنث في المسئلة المذكورة والعجب من صاحب البدائع انه قال ههنا بخلاف ما اذا استثنى ربع الدار او ثلثها او بيتا منها
انه يصح الاستثناء لما بينا ان الدار اسم للعرصة فكان المستثنى من جنس المستثنى منه فصلح انتهى فان كون الدار اسما للعرصة يقتضي عدم صحة الاستثناء في صورة استثناء البيت
من الدار لان البيت ليس من جنس العرصة اذ البيت اسم للبناء المسقف لجهاته الاربعة على قول وثلثة على قول آخر كما عرف في الايمان في مسئلة ما لو حلف لا يدخل بيتا فدخل صفة
والعرصة هي البقعة كما سياتي فاين هذا من ذلك فما ذكره يكون حجة عليه لا له في هاتيك الصورة ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال هذا لفظ القدوري ايضا يعني
يكون البناء للمقر والعرصة لفلان قال المصنف في تعليله لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء يعني ان العرصة في اللغة عبارة عن بقعة ليس فيها بناء فلما اعتبر في مسماها الخلو
عن البناء لم يتبعها البناء في الحكم فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان قال المصنف رح بخلاف ما اذا قال مكان العرصة ارضا اي بخلاف ما اذا قال بناء
هذه الدار لي والارض لفلان حيث يكون البناء للمقر له مع الارض لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء بناء على ان الارض اصل والبناء تبع والاقرار بالاصل اقرار بالتبع كالاقر

بالدار ولو قال له على الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد و
خذ الالف والا فلا شيء لك قال رضي الله عنه هذا على وجوه احدها هذا وهو ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكرناه لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة

بالدار حيث يكون البناء ايضا للمقر له هناك وان استثناه لنفسه كما مر فان قلت يشكل على هذا ما لو قال البناء لفلان والارض لآخر فانه كما قال حتى يكون البناء للاول
والارض للثاني ولم يقل هناك الاقرار بالارض اقرار بالبناء فما وجه الفرق بينهما قلت الفرق بينهما من حيث ان الاول كلام مفيد اورده اقرار معتبر بالبناء للاول فبعد
ان آخر كلامه اقرار بالارض والبناء لكن اقراره فيما صار مستحقا للغير لا يصح فكان للثاني الارض خاصة واما في مسئلتنا فكان كلامه اقرارا بالارض والبناء جميعا فكذا يصح
اقراره بهما للمقر له وذلك لان اول كلامه وهو قوله بناء هذه الدار لي غير معتبر لانه قد كان له قبل ان يذكره فبقي قوله وارضها لفلان من الاقرار بالاصل يوجب ثبوت حق المقر له
في التبع توضيح الفرق ان البناء في تلك المسئلة لما صار للمقر له الاول خرج من ان يكون تبعا للارض حكما فاقراره بالارض للثاني بعد ذلك لا يتعدى الى البناء
وفي مسئلتنا البناء باق على ملك المقر فكان تبعا للارض فاقراره بالارض يثبت الحق للمقر له في البناء تبعا كذا في المبسوط اعلم ان ههنا خمس مسائل وتخريجها على اصلين
احدهما ان الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس والثاني ان اقرار الانسان حجة على نفسه وليس بحجة على غيره اذا عرفت هذا فنقول اذا قال بناء هذه الدار لي وارضها
لفلان كانت الارض والبناء لفلان لان بقوله البناء لي ادعى البناء وبقوله الارض لفلان اقر لفلان بالبناء تبعا للاقرار بالارض والاقرار بعد الدعوى صحيح واذا قال
ارضها لي وبناؤها لفلان فهو على ما قال لان بقوله ارضها لي ادعى البناء لنفسه تبعا وبقوله والبناء لفلان اقر بالبناء لفلان والاقرار بعد الدعوى صحيح وبه يؤمر المقر
ينقل البناء من ارضه واذا قال ارض هذه الدار لفلان وبناؤها لي فالارض والبناء للمقر له لان بقوله ارضها لفلان اقر لفلان بالبناء تبعا وبقوله وبناؤها لي ادعى البناء
لنفسه والدعوى بعد الاقرار لا تصح واذا قال ارض هذه الدار لفلان وبناؤها لفلان آخر فالارض والبناء للمقر له الاول لان بقوله ارض هذه الدار لفلان صار مقرا لفلان بالبناء تبعا للارض وبقوله وبناؤها لفلان
آخر كان مقرا على الاول والاقرار على الغير لا يصح واذا قال بناء هذه الدار لفلان وارضها لفلان آخر فهو كما قال لان بقوله بناء هذه الدار لفلان صار مقرا بالبناء له وبقوله وارضها
لفلان آخر صار مقرا على الاول بالبناء للثاني والاقرار على الغير باطل كذا في الذخيرة ولو قال له على الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان
شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك الى ههنا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف رحمه الله هذا اي ما ذكر من المسئلة على وجوه احدها اي احد الوجوه
وهو ان يصدقه اي ان يصدق المقر له المقر ويسلم العبد وجوابه اي جواب هذا الوجه ما ذكرناه من قوله قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك قال
بعض الفضلاء فيه انه اذا سلم العبد كيف يقال له ان شئت فسلم العبد الى آخره اقول اذا كرد اشار ان لو كان لفظ يسلم في قول المصنف رح ويسلم العبد من سلمه اليه اذا
اذا كان من سلمه اي جعله سالما له فالان سلامة العبد للمقر انما تحصل باعتراف المقر له بانه عبدك لا عبدي فعند تحقق هذا قبل تسليم العبد الى المقر فلا ينافي ان يقال له
ان شئت فسلم العبد الخ وقد استعمل المصنف رح سلمه بمعناه اعني المذكور في مواضع من كتابه هذا منها ما سياتي في فصل الدين المشترك من باب الصلح في الدين حيث قال
فان سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم انتهى ويحتمل ان يكون لفظ يسلم ههنا ماخوذا من السلامة دون التسليم
ويكون العبد فاعلا لا مفعولا فحينئذ لا يتوهم المنافاة اصلا قال المصنف رح في تعليل جواب الوجه المذكور لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة يعني انهما تصادقا في هذا
الوجه والثابت بتصادقهما كالثابت معاينة ولو عاينا انه اشترى منه هذا العبد بالف والعبد في يده كان عليه الف درهم كذا ههنا قال صاحب العناية وفيه نظر لانهما اذا
تصادقا ثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الامر بتسليم الثمن على المقر ثم تسليم العبد على المقر له والجواب ان ذلك حكم ما اذا ادعى المقر له تسليم الثمن اليه وههنا لما كان
عكس ذلك كان حكما بما لا يدعيه احد وذلك باطل الى ههنا كلامه وطعن بعض الفضلاء في جوابه بان قال وليت شعري ان ما ذكر في الكتاب حكم اية مسئلة فانه على تقدير
ما ذكر في الكتاب حكم مسئلة الاقرار فان نفس الاقرار والتصادق لا يقتضي الحكم بتسليم الثمن على المقر ولا الحكم بتسليم العبد على المقر له فان كل واحد من الحكمين المذكورين متوقف
على الدعوى ولا دعوى فيما نحن فيه بل فيما اقر بحضرة وحكمه لزوم الالف على المقر ان سلم المقر له العبد اليه واما انه يجب تسليمه اليه بان يكلف به في مدة فلا دلالة عليه فكما هو الحكم في

والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتكه وحكمه ان لا يلزم المقر شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك انما بعتك غيره يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينه والآخر ينكر والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والآخر ينكر فاذا تحالفا بطل المال وهذا اذا ذكر عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة وصل ام فصل لانه رجوع فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كانت او طارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وان كان موصولا

تجوزت البيع معاينة وهذا معنى ما ذكر في الكتاب قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك وليس المراد من ان شئت فسلم العبد تخيير المقر له بين تسليم العبد وعدم تسليمه اذ لا يقدر البائع على عدم تسليم المبيع الى المشتري بعد ان صح البيع وتم بل المراد منه ان لزوم الالف على المقر مشروط بتسليمك العبد اليه فان اردت الوصول الى حقك فسلم العبد والا فلا شيء لك وليس المراد بقوله وخذ الالف بعد تسليم العبد اذ لا دلالة على التعقيب في الواو بل هي للجمع مطلقا فلا يخالف ما تقرر في البيوع من ان اللازم في بيع سلعة بثمن تسليم الثمن اولا فخلاصته ما ذكر في الكتاب ههنا ما قال في الوقاية وغيرها فان سلم المقر له لزمه الالف والا فلا والثاني اي الوجه الثاني ان يقول المقر له العبد عبدك اي العبد الذي عينته عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا وسلمته اليك وفيه اي في هذا الوجه المال لازم على المقر لاقراره به اي بالمال عند سلامة العبد له وقد سلم اي قد سلم العبد له حين اعترف المقر له بانه ملكه ولا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود كما لو قال لك علي الف غصبته منك وقال لا بل استقرضته مني لان الاسباب مطلوبة لاحكامها لا لاعيانها فلا يعتبر التكاذب في السبب بعد اتفاقهما على وجوب اصل المال ولا تفاوت في هذا الوجه بين ان يكون العبد في يد المقر او في يد المقر له كذا قالوا والثالث اي الوجه الثالث ان يقول اي المقر له العبد عبدي اي العبد الذي عينته عبدي ما بعتكه وحكمه اي حكم هذا الوجه ان لا يلزم المقر شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه اي فلا يلزم المال دون العبد لانه اذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقر له بدله ولا تفاوت في هذا الوجه ايضا بين ان يكون العبد في يد المقر او في يد المقر له لانه اذا كان في يد المقر يأخذ المقر له العبد منه فلا يلزم المقر شيء من ثمن العبد كذا قالوا ولو قال مع ذلك اي ولو قال المقر له مع انكار العبد المقر له انما بعتك غيره اي غير ذلك العبد يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينه اي وجوب تسليمه والآخر ينكر والمقر له يدعي عليه اي على المقر الالف اي لزوم الالف ببيع غيره اي غير من عينه والآخر ينكر فصار كل واحد منهما مدعيا ومنكرا وحكم ذلك التحالف واذا تحالفا بطل المال اي بطل المال من المقر والعبد سالم لمن في يده وهذا اي ما ذكر من الوجوه اذا ذكر اي المقر عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد يعني ان قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه ولم يعينه ان لم يعين المقر العبد المشتري لزمه الالف ولم يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة رحمه الله وصل ام فصل اي سواء وصل قوله ما قبضت العبد المشتري بكلامه السابق او فصل عنه لانه اي لان قوله ما قبضت رجوع عما اقر به فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على اي نظرا الى هذه الكلمة التي ذكرها اولا في قوله له علي الف درهم اذ هي للايجاب وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا اي بالكلية لان الجهالة اي جهالة المبيع مقارنة كانت كالجهالة حالة العقد او طارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه اي نسي المتعاقدان ذلك عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع خبر ان في قوله لان الجهالة يعني ان الجهالة توجب هلاك المبيع اي تجعل المبيع في حكم المستهلك لعدم القدرة على تسليم المجهول فيمتنع وجوب نقد الثمن لان نقد الثمن لا يجب الا باحضار المبيع وقد امتنع احضاره بالجهالة فامتنع وجوب نقد الثمن ايضا واذا كان كذلك كان رجوعا فان اول كلامه اقرار بوجوب الثمن وآخره يوجب سقوطه وذلك رجوع فلا يصح وان كان موصولا لان الرجوع عن الاقرار باطل مفصولا كان او موصولا اقول لقائل ان يقول يشكل التعليل المذكور ههنا من قبل ابي حنيفة رح بمسئلة الاستثناء بمشيئة الله تعالى فانه لم يلزم المقر هناك شيء بالاتفاق مع جريان خلاصة هذا التعليل هناك ايضا بان يقال ان اول الكلام اقرار بوجوب المال رجوعا الى كلمة على وآخره ينافي الوجوب اصلا فيقتضي ان يكون رجوعا فيلزم ان لا يصح ويمكن ان يجاب عنه بما اشار اليه المصنف فيما سياتي في مسئلة ما لو قال من ثمن خمر او خنزير بقوله قلنا ذاك تعليق وهذا ابطال وسنذكر تتمة الكلام هناك ان شاء الله تعالى ثم ان بعض الفضلاء اورد على التعليل المزبور كلاما آخر واجاب عنه حيث قال في تمام التقريب كلام فان ارتفاع الجهالة لا يلزم ان يكون بالقبض بل باعتراف المشتري هذا او احضار البائع فليتامل فانه يجوز ان يقال الظاهر هو عدم الاعتراف فيبقى على الجهالة انتهى اقول لا الايراد بشيء ولا الجواب اما الاول فلان المقر فيما نحن فيه لما لم يعين العبد فصار مجهولا لم يكلف المقر له باحضار ذلك اصلا بل لم يكن له احضاره لتعذر احضار المجهول فاني يتصور للبائع احضار المبيع ههنا حتى يعرف المشتري

وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد وان
اقر انه باعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه لما بين سببا وهو البيع فان وافقه الطالب في السبب به لا يتاكد الوجوب
الا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول قوله وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه للوجوب مطلقا وآخره
يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا ولو قال ابتعت منه عينا الا اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس
من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن **قال** وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسألة اذا قال لفلان علي

بانه هذا وان احضر المقر له عبدا بعينه من غير تكييف واعترف المقر بان ما اشتراه منه هذا العبد فقد صارت المسألة من قبيل ما اذا ذكر المقر عبدا بعينه وما نحن فيه بمعزل منه اما الثاني فلانه كيف يجوز ان يقال الظاهر هو عدم الاعتراف وقد لزمه الالف بلا عوض عند ابي حنيفة رح في هذه المسألة وان لم يحضر البائع شيئا فهل يؤثر العاقل اعتبار الالف بلا عوض على اعطائه بمقابلة ما احضره البائع فالظاهر هو الاعتراف عند احضاره بلا ريب وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان وصله صدق ولم يلزمه شيء وبه قال مالك والشافعي واحمد رح وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك الالف من ثمن عبد اي اذا كذب المقر له المقر في الجهة وهي ان يكون ذلك الالف من ثمن عبد وان اقر اي ان اقر المقر له انه اي المقر له باعه اي باع المقر متاعا يعني ان يصدق المقر له المقر في الجهة بان قال انه باعه متاعا وهو العبد كما اقر له المقر ولكن كذبه في انكاره قبض المبيع فالقول قول المقر سواء وصل ام فصل وانما عبر المص رح بهنا عن المبيع بالمتاع حيث قال وان اقر انه باعه متاعا وقد كان وضع مسألة الكتاب في العبد ليعلم ان الحكم في المتاع مطلقا هو الحكم في العبد ووجه ذلك اي وجه ما قاله الامامان انه اي المقر اقر بوجوب المال عليه على نفسه حيث قال له علي الف درهم وبين سببا له وهو البيع حيث قال من ثمن عبد اشتريته منه فان وافقه الطالب يعني المقر له في السبب وهو البيع وبه لا يتاكد الوجوب الا بالقبض اي ومجرد وجود السبب هو البيع لا يتاكد وجوب الثمن على المشتري لان الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز التزلزل لانه ربما يهلك المبيع في يد البائع فيسقط الثمن عن المشتري وانما يتاكد الثمن عن المشتري وانما يتاكد بالقبض والمقر له يدعي القبض والمقر ينكره فيكون القول له اي للمنكر قال صاحب الغاية وفي عبارة المصنف رح نظر لان قوله فان وافقه الطالب في السبب شرط فلا بد من جواب وقوله وبه لا يتاكد الوجوب لا يصلح لذلك وكذلك قوله فيكون لوجود الفاء ولعدم الربط فانك لو قدرت كلامه فان وافقه الطالب في السبب فيكون القول له ليس بصحيح لانه في بيان التعليل وليس فيه اشعار بذلك قال ويمكن ان يقال جزاؤه محذوف وتقديره فان وافقه الطالب في السبب والحال انه بمجرد السبب لا يتاكد لانه يتاكد بالقبض كان الطالب مدعيا للقبض والمقر ينكره فيكون القول له انتهى كلامه اقول النظر المزبور ساقط جدا فان قول المص رح فيكون القول له صالح لان يكون جوابا للشرط المذكور قطعا ووجود الفاء فيه ليس بمانع عنه اصلا اذ قد تقرر في علم النحو ان الجزاء اذا كان مضارعا مثبتا او منفيا بلا ففيه الوجهان دخول الفاء عليه وعدم دخوله قال الله تعالى ومن عاد فينتقم الله منه وعدم الربط فيه ممنوع فان قوله وبه لا يتاكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره وقع قيدا للشرط المزبور فصار معنى الكلام فان وافقه الطالب في السبب والحال انه بمجرد السبب لا يتاكد وجوب الثمن على المشتري وانما يتاكد بالقبض والمقر ينكر القبض فيكون القول له ولا يخفى على ذي فطرة سليمة ان قوله فيكون القول له مربوط بالشرط المزبور متقيدا بالقيد المذكور وان لم يكن مربوطا به عاريا عن ذلك القيد فلا حاجة الى تقدير جزاء محذوف كما تحمله ذلك الشارح وان كذبه اي وان كذب الطالب المقر في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه وهو قوله له علي الف درهم للوجوب مطلقا راجعا الى كلمة على وآخره اي آخر كلامه يحتمل انتفاءه اي انتفاء الوجوب على اعتبار عدم القبض فصار مغيرا لمقتضى اول كلامه والمغير يصح موصولا لا يصح مفصولا كالاستثناء ولو قال ابتعت منه بيعا اي مبيعا وفي بعض النسخ عينا الا اني لم اقبضه فالقول قوله اي قول المقر بالاجماع ذكر المصنف رح هذه المسألة تفريعا على مسألة القدوري وقال في تعليلها لانه ليس من ضرورة البيع القبض يعني ان المقر ههنا انما اقر بمجرد العقد والاقرار بالعقد لا يكون اقرارا بالقبض اذ ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن فان من ضرورته القبض قال صاحب الغاية هذا مفهوم كلام المص رح وفيه نظر فانه انما كان كذلك لو وجب تسليم المبيع اولا وليس كذلك كما تقدم في البيوع انتهى اقول هذا النظر ايضا ساقط اذ الظاهر ان مراد المصنف رح ههنا هو الاقرار بوجوب الثمن في البيع الغير المعين اذ هو مختلف فيه المحتاج الى الفرق وقد تقرر ان انكار القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا فلا بد في نفاذ الاقرار بوجوب الثمن في البيع الغير المعين من قبضه فكان من ضرورته القبض قال اي القدوري في مختصره وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير قال المصنف رح ومعنى المسألة اي معنى المسألة التي ذكرها القدوري اذا قال لفلان علي

الف درهم من ثمن الخمر او الخنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير
لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب وقالا اذا وصل لا يلزمه شيء لانه بين بآخر كلامه انه ما اراد به الايجاب وصار كما اذا قال
في آخره ان شاء الله تعالى قلنا ذاك تعليق وهذا ابطال ولو قال له علي الف درهم من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم
ثم قال هي زيوف او نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة رح وقالا ان قال موصولا يصدق وان قال مفصولا لا يصدق

الف من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره يعني قوله من ثمن خمر او خنزير عند ابي حنيفة رحمه الله وصل ام فصل لانه اي لان تفسيره رجوع عن اقراره لان ثمن الخمر
والخنزير لا يكون واجبا على المسلم واول كلامه وهو قوله علي الف للوجوب والرجوع عن الاقرار باطل وقالا اي قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا وصل لا يلزمه شيء لانه
اي المقر بين بآخر كلامه انه ما اراد به اي باول كلامه الايجاب لانه يحتمل انه بنى اقراره على عادة الفسقة فان الخمر مال يجري فيه الشح والضنة وقد اعتاد الفسقة شراءها واداء ثمنها
فكان آخر كلامه بيانا مغيرا فيصح موصولا كذا في الشروح اقول هذا لا يمشي فيما اذا قال من ثمن خنزير لانه لا يحتمل في هذه الصورة ان يبني اقراره على عادة الفسقة من
المسلمين كما في صورة ان قال من ثمن خمر اذ لا يقع منهم شراء الخنزير ولا اداء ثمنه اصلا فضلا عن اعتيادهم بذلك واما عادة الكفار فلا تصلح لان تجعل مبنى لكلام المسلم
كما لا يخفى والدليل الذي ذكره المص ههنا من قبلهما يسوق الصورتين معا فلا يتم التقريب وصار اي صار آخر كلامه فيما نحن فيه كما اذا قال في آخره ان شاء الله تعالى فانه
لا يصدق هناك اذا وصل فكذا ههنا اجاب المص عن هذا القياس بقوله قلنا ذاك تعليق وهذا ابطال يعني قوله ان شاء الله تعليق بشرط لا يوقف عليه والتعليق
بالشرط من باب بيان التغيير فيصح موصولا وما نحن فيه ابطال والابطال لا يكون بيانا فلم يصح وان كان موصولا اقول فيه كلام من وجهين احدهما ان المص رح
قال في مسألة الاستثناء بمشيئة الله ان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال او تعليق وقد بينا هناك ان المذكور في بعض الكتب المعتبرة ان الاول مذهب ابي يوسف
والثاني مذهب محمد رح وفي بعضها الى الامر بالعكس فاياما كان لا يكون هذا الجواب حجة على من قال منهما يكون ذاك ايضا ابطالا وثانيهما ان المصنف رح قال هناك
فان كان الاول يعني الابطال فقد بطل وان كان الثاني يعني التعليق فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق فتحصل
منه ان الاستثناء بمشيئة الله وان كان تعليقا في اصله الا انه ليس بتعليق في باب الاقرار بل هو ابطال على كل حال فكيف يتم قوله ههنا ذاك تعليق وهذا ابطال نعم
يمكن ان يجاب عن الاول بان الجواب المذكور ههنا عن قبل ابي حنيفة رح ليس الزاميا بالنسبة الى من قال من صاحبيه يكون الاستثناء بمشيئة الله تعليقا وتحقيقا
بالنسبة الى من قال منهما يكون ذلك ابطالا ولا يجب ان يكون الجواب الزاميا بالنسبة الى كل واحد منهما وعن الثاني بان الاستثناء بمشيئة الله وان لم يكن في
باب الاقرار تعليقا حقيقة الا انه في صورة التعليق وهذا القدر يكفي في قدح قياس هذه المسألة على مسألة ما اذا قال في آخره ان شاء الله فان هذه المسألة ليست بتعليق
لا صورة ولا معنى وانما هي ابطال محض واما تلك المسألة فتعليق صورة وان كانت ابطالا معنى فافترقا تأمل ثم اعلم ان القدوري لم يذكر في مختصره خلافا في هذه المسألة وانما
ذكره الحاكم الشهيد في الكافي فاخذ المص منه ثم اعلم ان الخلاف المذكور فيها فيما اذا كذبه الطالب واما اذا صدقه في ذلك فلا يلزمه شيء في قولهم جميعا لان الثابت
بتصادقهما كالثابت معاينة وكذلك الحكم فيما اذا قال من ثمن خمر او ميتة او دم صرح به شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وذكر في بعض الشروح ولو قال له علي الف
اي الف درهم من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف جمع زيف وهو ما يقبله التجار ويرده بيت المال او نبهرجة وهي دون الزيوف فانها يردها التجار
ايضا وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا اي قال ابو يوسف رح ومحمد رح ان قال موصولا اي ان ذكر قوله هي زيوف او نبهرجة موصولا
بكلامه السابق صدق وان قال مفصولا اي ان ذكر ذلك مفصولا عنه لا يصدق هذه المسألة من مسائل الجامع الصغير اقول تحريرها على النمط المذكور لا يخلو عن نوع
قصور فان قول ابي حنيفة رح في هذه المسألة انه لزمه الجياد سواء وصل قوله هي زيوف او نبهرجة ام فصل كما صرحوا به ويقتضيه بيان الخلاف الا ان كلمة ثم في قوله
ثم قال هي زيوف او نبهرجة يدل على الفصل كما لا يخفى فتوهم اختصاص قول ابي حنيفة رح بصورة الفصل والاختلاف فيما بين صاحبيه فالظاهر ان يذكر الواو بدل ثم كما وقع
في كلام الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال في باب الاقرار بالزيوف واذا اقر الرجل بالف درهم دين من قرض او ثمن بيع وادعى انها زيوف او نبهرجة لم يصدق في
قول ابي حنيفة رح وصل ام فصل وقال ابو يوسف رح ومحمد رح ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق وهكذا ذكره شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي

وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان علي الف درهم زيوف من ثمن متاع وقيل انه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولابي حنيفة رح ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتكه معيبا وقال المشتري بعتنيه سليما فالقول للمشتري لما بينا والستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار

في شرح الكافي وعلى هذا النص محمد رح في الاصل قال المصنف رح وعلى هذا الخلاف واذا قال هي اي الالف ستوقة وهي اردأ من النبهرجة او رصاص اي او قال هي رصاص فلا يصدق عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل ويصدق عندهما ان وصل لكن نص على احدى الروايتين عن ابي يوسف رح وفي رواية اخرى عنه لا يصدق ههنا وان وصل كما قال ابو حنيفة رح كذا في شرح الجامع الصغير للامام قاضيخان والامام التمرتاشي وعلى هذا اي على هذا الخلاف اذا قال الا انها زيوف بكلمة الاستثناء وعلى هذا الخلاف اذا قال لفلان علي الف درهم زيوف بالجر وتجري الصفة على المجرور المعدود دون العدد كقوله تعالى سبع بقرات سمان كذا في معراج الدراية اقول فلا بد من توجيه وصف المفرد بالجمع فقال من ثمن متاع هذا تتمة كلام المقر لها اي لابي يوسف رح ومحمد رح في هذه الصورة الخلافية انه اي ان ما الحقه المقر اخيرا بيان مغير لما قاله اولا فيصح موصولا اي بشرط الوصل كالشرط والاستثناء فان كل واحد منهما يصح موصولا لا مفصولا لكونه بيان تغيير وهذا اي كون آخر كلام المقر فيما نحن فيه بيانا مغيرا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته فان الزيوف من جنس الدراهم حتى يحصل به الاستيفاء في الصرف والسلم والتغيير اشد الا ان الستوقة بمجازه اي ويحتمل الستوقة بمجازه لانها تسمى دراهم مجازا فامكن ان يتوقف صدر الكلام على عجزه الا ان مطلقه اي مطلق اسم الدراهم ينصرف الى الجياد لان بياعات الناس تكون بالجياد عادة فكان اي فكان ذكر الزيوف او الستوقة في آخر الكلام بيانا مغيرا لما اقتضاه اول الكلام من هذا الوجه اي من الوجه المذكور فانه كان بيانا من جهة الاحتمال ومغيرا من جهة مخالفة العادة فيصح موصولا وصار اي صار حكم هذا كما اذا قال الا انها وزن خمسة او ستة ونقد بلدهم وزن سبعة صدق ان كان موصولا ولم يصدق ان كان مفصولا اقول لو تعرض المصنف رح في اثناء التعليل لذكر النبهرجة ايضا لكان اوجه لانها مذكورة ايضا في اصل المسئلة فان قلت النبهرجة كالزيوف في كونها من جنس الاثمان كما صرح به في مسائل شتى من كتاب القضاء فيجوز ان يكتفي في التعليل بذكر حال الزيوف قلت رداءة النبهرجة دون رداءة الزيوف كما نبه عليه هناك ايضا فكان الاولى الاكتفاء بذكر حال الادنى ليعلم به حال ما فوقه بالاولوية ثم اقول ان قوله لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه لا يساعده ما ذكر في معتبرات كتب اللغة كالصحاح والقاموس وغيرهما فان المذكور فيهما درهم ستوق وستوق اي زيف بهرج فكيف يكون اسم الدراهم حقيقة في المفسر مجازا في المفسر فتأمل ولابي حنيفة رحمه الله ان هذا اي ما قاله الآخر رجوع عما اقر به اولا ودعوى امر عارض فلا يقبل وان وصل ذلك لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب لان موجبه سلامة البدل المستحق به عن العيب والزيافة عيب في الدراهم ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه اي عن بعض موجب العقد فاذا ادعى انها زيوف فقد اراد ابطاله اي ما هو المستحق بالعقد فلا يصدق وان وصل وصار حكم هذا كما اذا قال البائع بعتك معيبا وقال المشتري بعتنيه سليما فالقول هناك للمشتري لما بينا ان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب فكذا ههنا فحاصل اختلافهم راجع الى ان الدراهم الزيوف هل هي داخلة في مطلق اسم الدراهم ام لا فابو حنيفة رح رجح جانب العيب فيها فلم يدخلها تحت مطلق اسم الدراهم حتى كان دعوى الزيافة رجوعا عما اقر اولا بمطلق الدراهم وهما ادخلاها تحت مطلق اسم الدراهم على سبيل التوقف حتى كان دعوى الزيافة بعد ذكر اسم الدراهم بيان تغيير كما في الشرط والاستثناء كذا في الاسرار وغيره والستوقة ليست من الاثمان اي ليست من جنس الاثمان والبيع يرد على الثمن فلم تكن الستوقة من محتملات العقد فكان اي فكان قوله الآخر رجوعا عما اقر به اولا فكان دعوى الستوقة بتأويل ادعاء رجوعا عن ذلك فلم يصح مفصولا ولا موصولا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء هذا جواب عما استشهدا به تقريره ان ذلك ليس مما نحن فيه لانه يصح ان يكون استثناء لانه مقدار واستثناء بعض المقدار صحيح لان اول الكلام يتناول القدر وكان استثناء الملفوظ وهو صحيح بلا ريب بخلاف الجودة اي بخلاف ما اذا قال الا انها زيوف فان في قوله الا انها زيوف استثناء للدراهم الجيدة عن الوجوب في الذمة والجودة وصف فلا يصح استثناؤها لان استثناء الوصف لا يجوز لعدم تناول صدر الكلام اياه قصدا بل تبعا كاستثناء البناء في الدار على ما مر بيانه قال في النهاية ومعراج الدراية فان قيل استثناء الوصف لا يصح بالاجماع فكيف صحح ابو يوسف رح ومحمد رح استثناء الزيافة من الدراهم قلنا صححا ذلك من حيث المعنى والزيافة من حيث المعنى عيب لا وصف فان قيل

بخلاف ما اذا قال على كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضى السلامة عنها وعن ابى حنيفة رح فى غير رواية الاصول

لنا ان على الف من ثمن متاع الا انها زيوف صار بمنزلة قوله الا انها نقد بلد كذا ونقد ذلك البلد زيوف وهناك صح هذا البيان موصولا بالاجماع وهذا فى معناه فينبغى ان يصح فصار ذلك نوعا للدراهم لا وصفا بمنزلة قوله فى الحنطة الا انها ردية الى هنا اشار فى الاسرار والفوائد الظهيرية انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن النهاية ومعراج الدراية وههنا بحث اذ حينئذ ينبغى ان يصح مفصولا ايضا فليتأمل اقول الاظهر ان هذا البحث ليس بشئ لان هذا البيان وان كان عندهما بيان نوع للدراهم الا انه بيان تغيير بناء على ان مطلق العقد يقتضى السلامة والجودة عرفا فكان استثناء نوع الزيوف من الدراهم تغييرا لمقتضى العقد فكان بيان تغيير من هذا الوجه كما مر وبيان التغيير لا يصح الا موصولا وانما وقع ذلك الفاضل فى الغلط من قول صاحبى النهاية ومعراج الدراية فصار ذلك نوعا للدراهم لا وصفا بمنزلة قوله فى الحنطة الا انها ردية فان قوله فى الحنطة الا انها ردية يقبل وان فصل كما صرح به الا ان مرادهما ان ذلك بمنزلة قوله فى الحنطة الا انها ردية فى مجرد كونه نوعا لا وصفا لا فى الاتحاد فى جهة البيان كيف وقد صرحا بان هذا بيان تغيير وذاك بيان تفسير قال المصنف رح بخلاف ما اذا قال على كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة نوع اى منوعة لا عيب لان العيب ما يخلو عنه اصل الفطرة والحنطة قد تكون ردية فى اصل الخلقة فكانت الردية نوعا منها ولهذا قالوا لو اشترى حنطة مشارا اليها فوجدها ردية لم يكن له خيار الرد بالعيب فمقتضى العقد لا يقتضى السلامة عنها اى عن الرداءة اذ ليس مطلق العقد يقتضى فى نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشراء بالحنطة ما لم يبين انها جيدة او وسط او ردية فليس فى بيانه تغيير موجب اول كلامه فيصح موصولا ومفصولا كذا فى المبسوط وغيره وقال صاحب العناية فى شرح هذا المقام فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له على كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة ضد الجودة فهما صفتان يتعاقبان على موضوع واحد اجاب بقوله لان الرداءة نوع لا عيب فان قيل فالجودة كذلك لما مر انها ضدان دفعا للتحكم اجيب بان الرداءة فى الحنطة منوعة لا عيب فى الدراهم عيب انتهى اقول فيه نظر لان مفاد الجواب الثانى ان الرداءة فى عدم الدراهم عيب وفى الحنطة ليست بعيب لا تنافى الدراهم وصف وفى الحنطة ليست بوصف فلا يندفع به السؤال الاول حاصله نقض القول باستثناء الوصف لا يجوز بجواز استثناء وصف الرداءة فى الحنطة على ما ابتنى عليه السؤال الثانى ايضا لان حاصله طلب الفرق بين رداءة الحنطة وجودة الدراهم ومفاد الجواب عنه بيان الفرق بين رداءة الحنطة ورداءة الدراهم واقول الباعث على تحرير المقام بالوجه المزبور هو انه حسب ان قول المصنف بخلاف ما اذا قال على كر حنطة الخ متعلق بما ذكره فى قبيله وهو قوله لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء فى الدار فوقع فيما وقع ولكن لا يذهب على ذى فطرة سليمة ان قوله المذكور متعلق بما ذكره فى اوائل دليل ابى حنيفة وهو قوله لان مطلق العقد يقتضى السلامة عن العيب والزيافة عيب يرشد اليه قطعا قوله ههنا فمطلق العقد لا يقتضى السلامة عنها بعد قوله لان الرداءة نوع لا عيب ثم اقول واما السؤال الذى ذكره الشارح المذكور بقوله فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له على كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية فجوابه ان يقال ليس هناك استثناء حقيقة وانما قوله الا انها ردية بيان وتفسير للحنطة فى قوله على كر حنطة فى صورة الاستثناء يرشد اليه ان صاحب الكافى قال فى تقرير هذه المسئلة بخلاف ما لو قال له على كر من ثمن بيع او قرض ثم قال هو ردى فالقول قوله فى ذلك وصل ام فصل لان الرداءة ليست بعيب الى هنا انتهى حيث بدل قوله الا انها ردية بقوله هو ردى تنبيها على ان ليس مطمح النظر فى هذه المسئلة صيغة الاستثناء بل ان الرداءة فى مثل البر ليست بعيب فظهر ان جعل قول المصنف رح لان الرداءة نوع لا عيب جوابا عن السؤال المزبور عن ضيق العطن فان قلت للسؤال المزبور جواب آخر اظهر مما ذكرته وهو ان قوله الا انها ردية ليس لاستثناء الوصف وهو الرداءة بل لاستثناء العين هو الحنطة الردية فالمراد منه الاستثناء نوع من الحنطة وهو صحيح بلا ريب فلم تركت هذا الجواب قلت لانه ينتقض على اصل ابى حنيفة رح بما اذا قال الا انها زيوف فانها لا تقبل عنده مع جريان ان يقال انه ليس لاستثناء الوصف وهو الزيافة بل لاستثناء العين هو الدراهم الزيوف ونحن الآن بصدد تتميم قول ابى حنيفة رح فلا مجال للتشبث بذلك الجواب ههنا فتدبر وعن ابى حنيفة رح فى غير رواية الاصول المراد بالاصول الجامعان والزيادات والمبسوط ويعبر عنها بظاهر الروايات وعن الامالى والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات بغير

انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب رد مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب ووجه الظاهر ان التعامل بالجياد فانصرف مطلقه اليها ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم ولو قال اغتصبت منه الفا او قال اودعني ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق وصل ام فصل لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وان فصل

ظاهر الرواية انه يصدق في الزيوف اذا وصل يعني في القرض كذا وقع في النهاية وقد وقع التصريح بهذا القيد في بعض النسخ بان يقال وعن ابي حنيفة في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل يعني اذا قال لفلان علي الف درهم قرض هي زيوف يصدق عنده في غير رواية الاصول اذا وصل قوله هي زيوف بقوله الف درهم قرض اما اذا قطع كلامه ثم قال بعد زمان هي زيوف لا يصدق باتفاق الروايات لان القرض يوجب رد مثل المقبوض يعني ان المستقرض انما يصير مضمونا على المستقرض بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض وقد يكون المقبوض في القرض زيفا كما في الغصب فالواجب حينئذ الزيف لان القرض يقضى بالمثل كالغصب فيصدق فيه كما يصدق في الغصب اقول لقائل ان يقول هذا التعليل يقتضي ان يصدق في الزيوف في القرض وصل ام فصل كما في الغصب على ما سيأتي مع انه لا يصدق في صورة القرض اذا فصل باتفاق الروايات كما صرحوا به ووجه الظاهر اي وجه ظاهر الرواية ان التعامل بالجياد يعني ان المتعارف في التعامل هو الجياد والمطلق ينصرف الى المتعارف فانصرف مطلقه اي مطلق القرض اليها اي الى الجياد فيجب عليه الجياد وبعد ذلك لا يقبل دعوى الزيافة لانها رجوع عما اقر به ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض اي لو ارسل ولم يبين الجهة وادعى انها زيوف قيل انه يصدق بالاجماع يعني اذا وصل لان اسم الدراهم يتناولها اي يتناول الزيوف ولم يذكر ما يصرفها الى الجياد وقيل لا يصدق قائل هذا هو الكرخي كما صرح به الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير اي لا يصدق عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل واما عندهما فيصدق اذا وصل ولا يصدق اذا فصل فحاصل المعنى وقيل هو على الاختلاف السابق ايضا كما صرحوا به لان مطلق الاقرار بالدين ينصرف الى العقود اي الى الالتزام بسبب العقود لتعينها مشروعة اي لكونها هي المشروعة لا الى الاستهلاك المحرم اي لا ينصرف الى الالتزام بسبب الاستهلاك المحرم اذ لا يجوز حمل امر المسلم على الحرام ما امكن فصار هذا وما بين سبب التجارة سواء قال في الفتاوى الصغرى ولو ارسل ولم يبين الجهة ثم قال هي زيوف قال الفقيه ابو جعفر لم يذكر هذا في الاصول فمن المشائخ من قال هو على هذا الاختلاف ومنهم من قال ههنا يصدق اجماعا لان الجودة تجب على بعض الوجوه دون البعض فلا تجب مع الاحتمال انتهى ولو قال اغتصبت منه الفا او قال اودعني اي اودعني الفا ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق وصل ام فصل هذه من مسائل الجامع الصغير قال المصنف في تعليلها لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له اي لواحد من الغصب والايداع في الجياد بخلاف البيع فان عقد المعاوضة يقتضيها ولا تعامل اي ولا تعامل في غصب الجياد ولا في ايداعها بخلاف القرض فان التعامل فيه بالجياد فلا يكون قوله هي زيوف بعد الاقرار بغصب الالف او ايداعها تغييرا لاول كلامه فيكون بيان النوع فيصح وان فصل قال صاحب العناية وفيه نظر لانه قد تقدم في قول ابي حنيفة رح ان الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيف رجوعا فلا يقبل اصلا فلا اقل من ان يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا انتهى اقول هذا النظر في غاية السقوط لانه انما يلزم من كون الزيافة عيبا في الدراهم كون ذكر الزيوف رجوعا او بيانا مغيرا لو لم يتناول اول كلام المقر المعيوب وغير المعيوب على السواء بل كان مخصوصا بغير المعيوب وهو الجياد واما من جهة تحقق المقتضي كما في البيع او التعامل كما في القرض فاذ قد تبين في التعليل المذكور عدم تحقق مقتضى الجياد ولا التعامل بها في الغصب والايداع تعين تناول اول كلام المقر الجياد والزيوف على السواء فلم يكن ذكر الزيوف في آخر كلامه رجوعا عما اقر به اصلا ولا بيانا مغيرا قط بل كان بيانا للنوع قطعا وقال صاحب العناية ويمكن ان يجاب عنه بما قد ذكرنا انها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها من حيث الخلقة فيكون نوعا ليس الا كما في الحنطة وقد لا يكون فحينئذ يجوز ان يكون نوعا وعيبا والضابط في ذلك ان ينظر في الجهة الموجبة لها فان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا وذلك لانها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن ان تكون الزيافة نوعا منها لتباينهما لكنها تنافيها تنافي التضاد فكانت عيبا لان ضد السلامة عيب واذا لم تقتضها كانتا نوعين لمطلق الدراهم لاحتماله اياهما احتمال الجنس للانواع انتهى كلامه اقول هذا كلام خال عن التحصيل اما اولا فلان الزيافة في الدراهم مما لا يكون الموصوف بها متصفا بها من حيث الخلقة السلامة هي امر عارض للدراهم بحيلة عما

ولهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله وعن ابي يوسف رح انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال هي ستوقة او رصاص بعد ما اقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل وان قال في هذا كله الفا ثم قال الا انه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق لان هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيافة لانها وصف واستثناء الاوصاف لا يصح واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بانقطاع نفسه فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه

الدراهم في اصل خلقتها وانما التي تركها الى الموصوف بما يمنعها من حيث الخلقة هي الرداءة في الخلقة كما مر وهي بمعزل عما نحن فيه فما معنى لحاظ ذلك ههنا واما ثانيا فلان المذكور في الصحاح ان الجهة الموجبة للدراهم ان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا ليس بمعقول المعنى لان كون الزيافة في الدراهم عيبا امر مقرر غير تابع لاقتضاء الجهة الموجبة اياها السلامة وانما تاثير اقتضائها السلامة عند ابي حنيفة رح في اخراج الدراهم الموصوفة بذلك العيب عن مطلق اسم الدراهم المذكور في تلك الجهة لا في جعلها معيبة وكذلك كون الزيافة نوعا اي متنوعة ليس بتابع لعدم اقتضاء الجهة السلامة بل الزيافة كالجودة متنوعة على كل حال فان الجياد والزيوف نوعان من مطلق الدراهم قطعا سواء اقتضت الجهة السلامة او لا واما ثالثا فلانه ان اراد بقوله واذا لم تقتضها كانتا نوعين لمطلق الدراهم انهما حينئذ كانتا نوعين لمطلق الدراهم ولم تكن الزيافة عيبا فهو ممنوع بل الزيافة عيب على كل حال وكونها نوعا لا ينافي كونها عيبا فان كون بعض الانواع معيبا بالنسبة الى البعض الآخر ليس بعزيز وانما لا يكون عيبا لو كانت في اصل خلقة الدراهم وليست كذلك وان اراد بذلك انهما حينئذ كانتا نوعين لمطلق الدراهم وان كانت الزيافة عيبا ايضا فلا يحصل الجواب عن النظر المذكور وما ذكره مهملا كما لا يخفى على الفطن قال المصنف رحمه الله اي ولاجل ان لا تقتضي الجياد والتعامل لو جاء راد المغصوب هو الغاصب والوديعة اي راد الوديعة وهو المودع بالمعيب متعلق بجاء اي لو جاء رادهما بالمعيب كان القول له اي للراد فان الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض كان القول للقابض ضمينا كان او امينا وعن ابي يوسف انه لا يصدق فيه اي في الغصب لا في الوديعة كما صرح به غيره مفصولا اي اذا ادعى الزيافة مفصولا اعتبارا بالقرض اي قياسا عليه اذ القبض فيهما اي في الغصب والقرض هو الموجب للضمان يعني ان الجامع بينهما كون الموجب للضمان هو القبض وجوابه يفهم مما تقدم ولو قال هي ستوقة او رصاص بعد ما اقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق في هذه المسالة ما ذكر في شرح الجامع الصغير مغايرا لهذه المسالة المارة قال الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد وان قال هي ستوقة او رصاص صدق ان وصل ولم يصدق ان فصل يعني في الغصب والوديعة وذلك لانها ليست من جنس الدراهم حقيقة وان كانت من جنسها صورة فصار ارادتها باسم الدراهم كارادة المجاز باسم الحقيقة واذا بين انه اراد باللفظ المجاز موصولا قبل والا فلا انتهى وتعليل المصنف رح هذه المسالة بما علل به الامام الاسبيجابي فقال لان الستوقة ليست من جنس الدراهم اي ليست من جنسها حقيقة ولهذا لا يجوز التجوز بها في باب الصرف والسلم لكن الاسم اي اسم الدراهم يتناولها اي يتناول الستوقة مجازا للمشابهة بين الستوقة والدراهم من حيث الصورة فكان بيانا مغيرا لما اقتضاه اول كلامه لان اول كلامه يتناول الدراهم صورة وحقيقة وباخر كلامه بين ان مراده الدراهم صورة لا حقيقة فلا بد من الوصل لان بيان التغيير يصح موصولا لا مفصولا بخلاف ما سبق لان الزيوف والنبهرجة دراهم صورة وحقيقة فليس في بيانه تغيير لاول كلامه فيصح موصولا ومفصولا وان قال في هذا كله اي فيما ذكر من البيع والدين والغصب والايداع الفا ثم قال الا انه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق هذه من مسائل الجامع الصغير قال المصنف رح في تعليلها لان هذا استثناء المقدار اي استثناء لبعض ما اقر به من المقدار والاستثناء يصح موصولا لا مفصولا لان الكلام عبارة عما وراء المستثنى بخلاف الزيافة لانه وصف اي لان الزيافة وصف ذكر الضمير باعتبار الوصف واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو اي الاستثناء تصرف لفظي كما بينا فيما مر فيصح في متناول اللفظ دون غيره ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام اي لضرورة انقطاع الكلام بسبب انقطاع النفس واخذ السعال او ما اشبه ذلك فهو واصل اي هو في حكم الواصل حتى يصح استثناؤه لعدم امكان الاحتراز عنه لان الانسان قد يحتاج الى ان يتكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره ولا يمكنه ان يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير ولو فصل بينهما بفصل لطريق الضرورة بان انقطع عنه الكلام ثم وصل فعن ابي يوسف رح انه يصح استثناؤه وعليه الفتوى لان الانسان يحتاج الى ان يتكلم بكلام كثير مع الاستثناء ولا يقدر ان يتكلم به بنفس واحد فيجعل ذلك عفوا انتهى كلامه وقال الكاكي في معراج الدراية وبه قال الائمة الثلثة يعني

ومن أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول له لأن الغصب لا يختص بالسليم ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل أخذتها غصباً فهو ضامن وإن قال أعطيتنيها وديعة فقال لا بل غصبتنيها لم يضمن والفرق أن في الفصل الأول أقر بسبب الضمان وهو الأخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الإذن والآخر ينكره فيكون القول له مع اليمين وفي الثاني أضاف الفعل إلى غيره وذاك يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض في هذا كالأخذ والدفع كالإعطاء فإن قال قائل الإعطاء والدفع لا يكون إلا بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضي ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان وهذا بخلاف ما إذا قال أخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضاً حيث يكون القول للمقر وإن أقر بالأخذ لأنهما توافقا هنا على أن الأخذ كان بالإذن

والمالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى ومن أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول له هذا لفظ القدوري في مختصره وقال المصنف رح في تعليله لأن الغصب لا يختص بالسليم فإن الإنسان يغصب ما يجده من الصحيح والمعيب الجيد والرديء فكان القول قوله فيما غصب سواء وصل أم فصل ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال أي المقر له لا بل أخذتها غصباً فهو أي المقر ضامن يعني يكون القول في هذه المسألة قول المقر له مع يمينه فالمقر ضامن إلا أن ينكل المقر له عن اليمين وإن قال أعطيتنيها وديعة فقال أي المقر له غصبتنيها لم يضمن أي لم يضمن المقر له في هذه المسألة بل كان القول قوله مع يمينه وهاتان المسألتان من مسائل الجامع الصغير قال المصنف رح والفرق بينهما أن في الفصل الأول وهو قوله أخذت منك ألف درهم وديعة أقر بسبب الضمان وهو الأخذ لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد وهذا يتناول رد العين حال قيامها ورد المثل حال زوالها لكون المثل قائماً مقام الأصل ثم ادعى أي ثم ادعى المقر بقوله وديعة ما يبرئه عن الضمان وهو الإذن بالأخذ والآخر وهو المقر له ينكره أي ينكر الإذن فيكون القول له مع اليمين هذا ما قالوه أقول فيه بحث لأنهم إن أرادوا أن الأخذ مطلقاً بسبب الضمان فهو ممنوع بل لا أخذ إذا كان بإذن المالك كأخذ الوديعة بإذن المودع فليس بسبب الضمان قطعاً لقوله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان كما استدلوا به في كتاب الوديعة على أن الوديعة أمانة في يد المودع إذا هلكت لم تضمن فيكون ما أخذت اليد بهذا الطريق مخصوصاً عن قوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترد وإن أرادوا أن الأخذ بغير إذن المالك سبب الضمان فهو مسلم ولكن لا نسلم أن في الفصل الأول أقر بالأخذ بغير الإذن بل أقر بالأخذ المقيد بكونه وديعة وهو الأخذ بالإذن فتأمل في الجواب قال في الكفاية فإن قيل ينبغي أن يصدق المقر ويجعل قوله وديعة بيان تغيير كما لو قال لفلان علي ألف وديعة قلنا صدر الكلام ههنا موجب الغصب فلا يحتمل الوديعة فقوله وديعة يكون دعوى مبتدأة لا بيان ما احتمله صدر الكلام وأما قوله لفلان علي ألف يحتمل الوديعة يعني على حفظه فيكون قوله وديعة بيان تغيير فيصدق موصولاً انتهى أقول في الجواب بحث إذ لا نسلم أن صدر الكلام ههنا موجب الغصب كيف وسيجيء في كتاب الغصب أن الغصب في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب وفي الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده ولا ريب أن صدر الكلام ههنا وهو قوله أخذت منك ألف درهم أعم من كل واحد من معنيي الغصب ومن المقرر أن العام لا يدل على الخاص بإحدى الدلالات الثلاث وأنى يكون موجب الغصب وكأن صاحب معراج الدراية تنبه لما قلنا حيث قال بعد ذكر ما في الكفاية من السؤال والجواب كذا وفيه نوع تأمل وفي الثاني أي وفي الفصل الثاني وهو قوله أعطيتنيها وديعة أضاف الفعل إلى غيره وهو المقر له فلم يكن مقراً بسبب الضمان وذاك أي ذاك الغير يدعي عليه أي على المقر سبب الضمان وهو الغصب والمقر ينكره فكان القول لمنكره مع اليمين قال المصنف رح والقبض في هذا أي في الحكم المذكور كالأخذ يعني لو قال المقر قبضت منك ألف درهم وديعة فقال المقر له بل غصبتنيها كان ضامناً كما لو قال أخذت منك ألف درهم وديعة والدفع كالإعطاء يعني لو قال المقر دفعت إلي ألف درهم وديعة فقال المقر له بل غصبتنيها كما لو قال أعطيتنيها فإن قال قائل الإعطاء والدفع إليه أي إلى المقر لا يكون إلا بقبضه فكان الإقرار بالإعطاء والدفع إقراراً بالقبض وإذا أقر بالقبض يضمن فينبغي أن يضمن إذا أقر بالإعطاء والدفع أيضاً فنقول في الجواب لا نسلم أن الإعطاء والدفع إليه لا يكون إلا بقبضه بل قد يكون كل واحد من الإعطاء والدفع بالتخلية والوضع بين يديه دون قبضه فلم يقتض الإقرار بهما الإقرار بالقبض ولو اقتضى ذلك أي ولئن سلمنا أنه يقتضي ذلك فالمقتضي ثابت ضرورة والثابت بالضرورة تثبت بأدنى ما يندفع به الضرورة فلا يظهر في انعقاده سبباً للضمان لعدم الحاجة إليه قال المصنف وهذا أي وهذا الذي قلنا من ضمان المقر بالأخذ وديعة إذا قال المقر له أخذتها غصباً بخلاف ما إذا قال أي المقر أخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضاً حيث يكون القول للمقر وإن أقر بالأخذ لأنهما توافقا هنا أي فيما إذا قال المقر له أخذتها قرضاً على أن الأخذ كان بالإذن لأن الأخذ بالقرض

لان المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر فافترقا فان قال هذه الالف كانت وديعة لي عند فلان فاخذتها فقال فلان هي لي فانه يأخذها لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر فالقول للمنكر ولو قال آجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها او قال آجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده وقال فلان كذبت وهما لي فالقول قوله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله القول قول الذي اخذ منه الدابة او الثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاعارة والاسكان ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح وجه القياس ما بيناه في الوديعة وجه الاستحسان وهو الفرق ان اليد في الاجارة والاعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون اقرارا له باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه آخر ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقر

لا يكون الا بالاذن كالاخذ بالوديعة الا ان المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر ذلك فكان القول للمنكر فافترقا اي فافترقا ما اذا قال المقر له اخذتها غصبا وما اذا قال اخذتها قرضا اقول ههنا نظر لان الذي يدعيه المقر انما هو ما يبرئه عن الضمان كما صرح به في المسئلة الاولى وليس ذلك هو الاذن المطلق كان كثيرا ما يحصل بالاذن كالبيع والقرض ونظائرهما اسباب موجبة للضمان فلا يتصور ان يكون يبرئه عن الضمان بل انما ذلك هو الاذن المخصوص الحاصل في ضمن الوديعة ولا شك ان المقر له لا يوافقه على الاخذ بهذا الاذن المخصوص والا لما ادعى عليه سبب الضمان وهو القرض واما توافقهما على مطلق الاذن فلا يجدي نفعا في الفرق لان ادعاء المقر ما يبرئه عن الضمان وهو الاذن المخصوص الحاصل في ضمن الوديعة وان كان المقر له اياه بقوله لا يبقيان بعينهما فيما اذا قال المقر له بل اخذتها قرضا غاية الامر ان المقر له ايضا يدعي سبب الضمان وهو القرض والمقر ينكره واذا تعارض دعواهما وانكارهما بقي اقرار المقر والسبب الضمان وهو الاخذ سالما عن الدافع كما فيما اذا قال المقر له بل اخذتها غصبا فلم يتغير فافترقا ما يوجب اختلاف الحكم تأمل جدا فان قال هذه الالف كانت لي وديعة عند فلان فاخذتها فقال فلان هي لي فانه اي فلانا يأخذها هذه من مسائل الجامع الصغير قال المصنف رح في تعليله لانه اي لان المقر اقر باليد له اي لفلان وفي الكافي واقر بالاخذ منه والسبيل في الاخذ الرد على المأخوذ وادعى استحقاقها عليه اي ادعى استحقاق الالف على فلان بقوله كانت لي وديعة عند فلان وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه وان قال آجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها علي او قال آجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده علي فقال فلان كذبت بل الدابة والثوب لي فالقول له اي للمقر وهذا اي كون القول قول المقر عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب وقول ابي حنيفة رح ههنا استحسان وقولهما قياس كذا قالوا في شروح الجامع الصغير واليه اشار المصنف رح بقوله وهو القياس اي قول ابي يوسف رح ومحمد رح هو القياس فيفهم منه ان قول ابي حنيفة رح هو الاستحسان ولهذا قال فيما بعد وجه القياس وجه الاستحسان ثم ان هذا كله اذا لم يكن الدابة او الثوب معروفا للمقر اما اذا كان معروفا له كان القول للمقر في قولهم جميعا لان الملك اذا كان معروفا للمقر لا يكون مجرد اليد فيه لغيره سببا للاستحقاق عليه كذا في المبسوط والايضاح وذكر في الشروح وعلى هذا الخلاف اي على الخلاف المذكور آنفا الاعارة والاسكان بان قال اعرت دابتي هذه فلانا فركبها ثم ردها علي او اعرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ثم رده علي وبان قال اسكنت داري هذه فلانا ثم اخرجته منها فقال فلان كذبت بل الدابة والثوب والدار لي ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته فقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح احترز به عن قول بعضهم ان القول في هذا قول المقر بالاجماع فيكون ذلك دليلا لابي حنيفة رح ولكن ذلك ليس بثابت في الاصول بل قال عامة المشائخ هو على هذا الخلاف ايضا قال المصنف رح وجه القياس ما بيناه في الوديعة اراد به قوله لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر وجه الاستحسان وهو الفرق بين مسئلة الوديعة وبين هذه المسائل ان اليد في الاجارة والاعارة ضرورية يعني ان اليد فيها ليست بمقصودة بل هي ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما اي فيكون اليد معدومة فيما وراء الضرورة فلا تظهر في حق الاستحقاق على المقر لان ما ثبت بالضرورة يقتصر على قدر الضرورة فلا يكون اي فلا يكون الاقرار بالاجارة والاعارة اقرارا له اي للمقر له باليد مطلقا اي من كل وجه بل يكون اقرارا له باليد لاجل استيفاء المعقود عليه فقط فلا يكون مقرا بالملك لغيره ثم مدعيا لنفسه بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة فان المقصود منها هو الحفظ والحفظ لا يكون بدون اليد والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اي بالايداع اعترافا باليد للمودع اقول لقائل ان يقول ان اريد ان الاقرار بالايداع يكون اعترافا باليد للمودع مطلقا اي من كل وجه كما صرح به في الكافي حيث قال فكان الاقرار بالوديعة اقرارا باليد للمقر له مطلقا فهو ممنوع اذ الايداع اثبات يد المحافظة دون اثبات يد المالك فكيف يكون الاقرار بالايداع اقرارا باليد مطلقا للمودع وان اريد ان الاقرار به يكون اعترافا بيد المحافظة للمودع فهو مسلم ولكن لا يتم به التقريب كما لا يخفى ووجه آخر الاستحسان وهو الفرق وهو ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقر

بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته ولا كذلك في مسئلة الوديعة لانه قال فيها كانت وديعة وقد تكون من غير
صنعه حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر
وهو الاجارة واختاها لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر وهو الاجارة في كتاب الاقرار ايضا وهذا الفرق نحو ما ذكرنا فان قال اقتضيت من فلان الف درهم
كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى بامثالها وذلك انما يكون بقبض مضمون

بيد ثابتة من جهته اي من جهة المقر فيكون القول قوله في كيفيته اي في كيفية ثبوت اليد له باي طريق كان كما لو كان في يده عبد وقال هذا عبدي بعته من فلان و
لم اسلم اليه بعد فقال المقر له بل كان عبدي لم اشتره منك كان القول قول المقر دون المقر له لهذا المعنى كذا في النهاية ومعراج الدراية وكما لو قال ملكت عبدي
هذا لك بالف درهم الا اني لم اقبض الثمن فلي حق الحبس كان القول له وان زعم الآخر خلافه كذا في العناية وشرح تاج الشريعة اخذا من الاسرار ولا كذلك في مسئلة الوديعة
لانه اي لان المقر قال فيها كانت وديعة وقد تكون الوديعة من غير صنعه كاللقطة فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يدفعها اليه صاحبها وكذا الثوب اذا هبت الريح
فالقته في دار انسان فانه يكون وديعة عند صاحب الدار وان لم يدفع اليه صاحبه كذا في عامة الشروح اقول هنا كلام اما اولا فلان ظاهر قول المصنف وقد يكون من غير
صنعه ينافي ما ذكره في الوجه الاول من ان الايداع اثبات اليد قصدا لان اثبات اليد قصدا يقتضي الصنع فان قلت مراده انها قد تكون من غير صنع المقر لا من غير صنع المودع وكون الايداع اثبات اليد قصدا
انما يقتضي صنع المودع فلا منافاة قلت فحينئذ يلزم ان لا يصح المثالان المزبوران اللذان ذكرهما جمهور الشراح وذكر الثاني صاحب الكافي ايضا اذ لا صنع لاحد في
ثبوت يد الملتقط في اللقطة وفي ثبوت يد صاحب الدار في الثوب الذي القته الريح في داره واما ثانيا فلان تمثيل جمهور الشراح الوديعة ههنا بالمثالين المزبورين
ينافي ما صرحوا به في اول كتاب الوديعة من ان الوديعة هي التسلط على الحفظ وذلك انما يكون بالعقد والقصد والامانة اعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد وقصد
كما اذا هبت الريح في ثوب انسان فالقته في بيت غيره ووجه المنافاة ظاهر حتى لو قال اي المقر اودعتها كان جواب هذه المسئلة ايضا على هذا الخلاف المذكور
في مسائل الاجارة والاعارة والاسكان اقول بقي ههنا شيء وهو ان الفرق المذكور انما يتضح لو كانت صورة مسئلة الوديعة ما لو قال هذه الالف كانت وديعة
عند فلان بدون ذكر لفظة لي واما على ما ذكرت في الكتاب من قوله فان قال هذه الالف كانت لي وديعة عند فلان فيشكل ذلك اذ الظاهر ان لفظة لي يفيد ثبوت اليد
من جهته فيؤول معنى قوله المذكور الى معنى قوله اودعتها عند فلان وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه اي عدم ذكر الاخذ في الطرف الآخر
وهو الاجارة واختاها اي الاعارة والاسكان قال في غاية البيان انما ذكر الضمير الراجع الى الاجارة على تاويل العقد قلت وانما قال واختاه ولم يقل واخواته
ان احدهما وهو الاسكان كان مذكرا وفي مثل ذلك تغليب المذكر على المؤنث ولا يعكس اما على تاويلها بالصورتين او بالمسئلتين ومراد المصنف ههنا الرد على الامام التمرتاشي
فيما ذكره من الفرق فانه قال انما وجب الرد في مسئلة الوديعة لانه قال فيها اخذتها منه فيجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وقال في الاجارة واختيها فرددها علي فكان
الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع وقالوا في شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشيء لان محمدا ذكر في كتاب الاقرار لفظ الاخذ في الاجارة واختيها ايضا
واليه اشار بقوله لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر وهو الاجارة في كتاب الاقرار ايضا والوجه الآخر للفرق ذكره الامام قاضيخان في شروح الجامع الصغير ونقل عنه في النهاية
ومعراج الدراية وهو ان في الاجارة والاعارة لو اخذنا المؤجر والمعير باقرارهما امتنع الناس عن الاجارة والاعارة فلا يؤاخذ باقرارهما استحسانا كيلا ينقطع
الاجارة والاعارة واما في الوديعة فمنفعة الايداع تعود الى المالك فلو اخذنا المالك باقراره لا ينقطع الايداع انتهى اقول يرد عليه ان يقال تعود المنفعة في
الاجارة ايضا الى المالك وهو المؤجر لانها عقد معاوضة لا عقد تبرع فتعود فيها منفعة الاجرة الى المؤجر قطعا كما يعود في الايداع منفعة الحفظ الى المودع
فلم يجد تقريب الفرق المذكور بالنظر الى مسئلة الاجارة وان تم بالنظر الى مسئلة الاعارة اللهم الا ان يقال منفعة الاجرة وان عادت في الاجارة الى المؤجر لكن منفعة
الدار ونحوها تعود الى المستاجر ولا يقدر المؤجر على الانتفاع بها مدة الاجارة فيتضرر بها من هذه الجهة بخلاف الايداع فانه نفع محض للمودع فافترقا في الجملة وهذا
اي الذي ذكر في الاجارة واختيها بخلاف ما اذا قال اقتضيت اي قبضت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث
يكون القول قوله اي قول المقر له لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها وذلك اي قضاء الديون بامثالها انما يكون بقبض مضمون اي بقبض هو مضمون

فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكر اما ههنا المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان وقال المقر لا بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلته باجر فالقول للمقر لانه ما اقر له باليد وانما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يد المقر وصار كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لانه اقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا ههنا

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه باسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم وقال الشافعي رح دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين

يصير دينا على الدائن ثم يصير قصاصا بدينه على المديون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما ههنا يعني في صورة الاجارة واختيها المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا قال صاحب الغاية في تقرير هذا المقام لان الديون تقضى بامثالها وذلك معلوم فاذا اقر باقتضاء الدين فقد اقر بقبض مثل الدين لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملك ما اقر بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما ههنا يعني في صورة الاجارة واختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا وقال وعليك بتطبيق ما ذكرنا بما في المتن ليظهر التقديم والتاخير الواقع في كلام المصنف رح بحسن التدبير ان شاء الله تعالى اقول لا يظهر لذي فطرة سليمة بتطبيق ما ذكره بما في المتن ويتدبر فيه بحسن التدبير تقديم وتاخير في كلام المصنف رح بل يظهر له نوع اختلال في كلام الشارح اما الاول فلان قوله فاذا اقر باقتضاء الدين فقد اقر بقبض مثل الدين ليس عين قول المصنف فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان لاختلاف تاليهما فلا يقتضي تقديم ذاك تقديم هذا كيف ولو قدم هذا او وضع موضع ذاك فقيل لان الديون تقضى بامثالها فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان لم يتم التفريع المستفاد من الفاء في فاذا اقر مثل ما تم في تقديم ذاك ايشهد بذلك كله الذوق الصحيح واما الثاني فلانه علل قوله فاذا اقر باقتضاء الدين فقد اقر بقبض مثل الدين بقوله لان القضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ولا يخفى ان مفاد هذا التعليل ان الاقرار بالاقتضاء اقرار بسبب الضمان لا ان الاقرار باقتضاء الدين اقرار بقبض مثل الدين كما هو المدعى ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر اي والحال ان ذلك كله في يد المقر فادعاها اي فادعى الارض والدار والكرم فلان لنفسه وقال المقر بل ذلك كله لي استعنت بك على الزراعة والبناء او الغرس ففعلت او فعلته باجر فالقول للمقر هذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا وقال في تعليلها لانه اي لان المقر ما اقر له اي لفلان باليد انما اقر بمجرد فعل منه اي من فلان وقد يكون ذلك اي الفعل من الغير في ملك في يد المقر يعني ان الاقرار بمجرد فعل من الغير لا يدل على اليد لان العمل قد يكون من المعين والاجير والعين في يد صاحبها وصار حكم هذا كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لما انه اقر بفعل منه اي من الخياط وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا ههنا اي كذا الحكم في المسائل المذكورة قال في النهاية فحصل من هذا كله ان جنس هذه المسائل على ثلثة انواع ففي نوع منها كان القول قول المقر له بالاجماع وهو مسئلة الوديعة والاقراض والاقتضاء وفي نوع منها كان القول قول المقر بالاجماع وهو مسئلة بيع العبد ومسئلة زرع هذه الارض او بناء هذه الدار ومسئلة خياطة الثوب بدون ذكر القبض منه وفي نوع منها اختلفوا فيه فعند ابي حنيفة رحمه الله القول قول المقر كما في النوع الثاني وعندهما القول قول المقر له كما في النوع الاول وهو مسئلة الاجارة والاعارة والاسكان وخياطة الثوب مع ذكر القبض انتهى

باب اقرار المريض لما فرغ من بيان احكام اقرار الصحيح شرع في بيان اقرار المريض لان المرض بعد الصحة وافرده بباب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح واذا اقر الرجل في مرض موته بديون اي بديون غير معلومة الاسباب وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه اي في مرض موته باسباب معلومة متعلق بلزمته اي لزمته باسباب معلومة مثل بدل مال ملكه او استهلكه او مهر مثل امرأة تزوجها وعلم معاينة فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم على ما اقر به في مرضه الى ههنا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف وقال الشافعي رح دين المرض سواء كان بسبب معلوم او باقرار ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين وانما تعرض لوصفي العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار اخبار عن الواجب في الذمة ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه بل بالمرض يزداد جهة رجحان الصدق لان المرض سبب التورع عن المعاصي والانابة عما جرى فالاحتراز عن الكذب في هذه الحالة

ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولنا ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث

الاثر فكان جهة قبول الاقرار فيها اوفر كذا في الشروح واعترض بعض العلماء على تقرير دليل الشافعي رح بالوجه الذي ذكره المصنف رح حيث قال فيه كلام وهو ان هذا الدليل انما يفيد مساواته للدين الثابت بالاقرار في الصحة فلا يطابق المدعى كما لا يخفى والاولى ان يقال وعند الشافعي رح الدين في المرض يساوي الدين في الصحة لاستواء السبب المعلوم والاقرار انتهى كلامه اقول يمكن ان يجاب عنه بان هذا الدليل اذا افاد مساواة دين المرض للدين الثابت بالاقرار في الصحة فقد افاد مساواته للدين الثابت بالمعاينة ايضا بناء على عدم القائل بالفصل بين ذينك الدينين ويطلق على مثل ذلك الاجماع المركب كما تقرر في علم الاصول واراد بعض الفضلاء ان يجيب عنه بوجه آخر حيث قال المدعى عام لما ثبت بالاقرار والمعاينة والدليل الخاص ثم قال ويجوز ان يكون من التنبيه بحال الادنى على حال الاعلى اقول لا حاصل له ههنا لانه ان اراد انه يجوز ان يكون من التنبيه بمساواة دين المرض لادنى ديني الصحة وهو الدين الثابت بالاقرار في الصحة على مساواته لاعلى ديني الصحة وهو الدين اللازم في الصحة باسباب معلومة فليس بصحيح اذ لا يلزم من وصول الشيء الى رتبة الادنى وصوله الى رتبة الاعلى فكيف يجوز التنبيه بالاول على الثاني وان اراد انه يجوز ان يكون من التنبيه بمساواة ادنى ديني المرض وهو الدين الثابت بالاقرار في المرض للدين الثابت بالاقرار في الصحة على مساواة اعلى ديني المرض وهو الدين اللازم في المرض باسباب معلومة للدين الثابت بالاقرار في الصحة فهو مسلم اذ يلزم من وصول الادنى الى رتبة شيء وصول الاعلى الى رتبة ذلك الشيء بالاولوية لكنه لا يجدي شيئا ههنا اذ الكلام في قصور الدليل المذكور عن افادة مساواة دين المرض للدين اللازم في الصحة باسباب معلومة مع عموم المدعى وهذا لا يندفع بذلك على ان مساواة الدين اللازم في المرض باسباب معلومة لدين الصحة مما لا نزاع فيه فلا فائدة في التنبيه عليه اصلا ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق وهي ذمة الحر البالغ العاقل وهي في حالتي الصحة والمرض سواء فاستوى دين المرض ودين الصحة في سبب الوجوب وفي محله فيستويان في الوجوب واذا استويا وجوبا استويا استيفاء وصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة اي صار اقراره في المرض كانشائه التصرف بالبيع والنكاح في حالة المرض وذلك مساواة لتصرفه في حالة الصحة فكذا ههنا ولنا ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير اي اذا تضمن ابطال حق الغير كما لو رهن او آجر شيئا ثم اقر انه لغيره فانه لا ينفذ اقراره في حق المرتهن والمستاجر لتعلق حقهما به وفي اقرار المريض ذلك اي ابطال حق الغير لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال يعني بمال المريض استيفاء اي من حيث الاستيفاء ولهذا منع اي المريض من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث قال صاحب النهاية اي فيما اذا لم يكن عليه دين واما اذا كانت الديون محيطة بماله فلا يجوز تبرعه اصلا في الثلث وما دونه انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في حل هذا المحل بهذا المعنى ولكن غير العبارة حيث قال ولهذا منع من التبرع والمحاباة اصلا اذا احاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه ديون انتهى اقول ليس ذا بشرح صحيح اذ الظاهر من قولهما اذا لم يكن عليه دين في اذا لم يكن عليه شيء من الدين اصلا لاقتضاء وقوع النكرة في سياق النفي حينئذ يصير معنى كلام المصنف رح لتعلق حق غرماء الصحة بمال المريض منع من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث فيما اذا لم يكن على المريض دين اصلا ولا يخفى انه معنى لغو يناقض آخره اوله لانه اذا لم يكن على المريض دين اصلا لم يتصور تعلق في حق الغرماء بماله فالوجه في حل هذا المحل ان يقال ما ذكره المصنف فيما اذا كان عليه ديون ولكن لم تحط بماله واما اذا احاطت الديون بماله فيمنع من التبرع مطلقا اي بالثلث وبما دونه نعم يمنع المريض من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث وان لم يكن عليه دين اصلا لكن ذلك ليس لتعلق حق الغرماء بماله بل لتعلق حق الورثة به فالمنع لاجل تعلق حق الغرماء بماله كما هو مقتضى قول المصنف رح ولهذا منع انما يتصور في صورة تحقق الدين عليه كما لا يخفى على ذي مسكة ثم ان جمهور الشراح قالوا في قول المصنف رح ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث جواب عما ادعاه الشافعي رح من استواء حال الصحة وحال المرض فانه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة في حال المرض كما لا يمنع عنهما في حال الصحة اقول يرد عليه ان يقال لم لا يجوز ان يكون منعه من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث في حالة المرض لتعلق حق الورثة بماله في تلك الحالة لا لتعلق حق الغرماء الا يرى انه يمنع من ذلك في تلك الحالة وان لم يكن عليه دين اصلا فلا يتم الجواب عما ادعاه الشافعي رح لان ما ادعاه استواء

بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة
وفي حال الصحة لم يتعلق حقهم بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه حالة العجز وحالتا المرض حالة
واحدة لانه حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز فافترقا

حالتي الصحة والمرض في حق غرماء الصحة والمرض الا في حق الورثة ثم اقول كان الحق على المص ان يقول بدل قوله المذكور ولهذا منع من التبرع والمحاباة اصلا اذا احاطت
الديون بماله اذ فيه الجواب حينئذ عما ادعاه الشافعي رح قطعا ويصح التفريع على ما قبله بلا غبار كما لا يخفى على الفطن وكان الامام الزيلعي تنبه لقصور ما ذكره المص ههنا في
التفريع حيث قال في شرح الكنز بدل ذلك ولهذا منع من التبرع والمحاباة مطلقا في حقهم وغير مقدر بالثلث لكن فيما قاله افراط كما كان فيما قاله المصنف رح تفريط لان
منعه من التبرع والمحاباة مطلقا في حقهم غير مقدر بالثلث ليس بمطلق بل فيما اذا احاطت الديون بماله واما اذا لم تحط به فمقدر بالثلث والظاهر من كلامه الاطلاق
فكان فيه افراط فالحق الذي لا محيد عنه في تنقيح الكلام ههنا لافادة تمام المقصود ما نبهنا عليه آنفا فان قيل الاقرار بالوارث في المرض صحيح مع انه يبطل به حق سائر
الورثة فلم لم يصح الاقرار بالدين في المرض اذا كان فيه ابطال حق غرماء الصحة مع استوائهما في ابطال حق الغير قلنا استحقاق الوارث المال بالنسب والموت
جميعا فالاستحقاق يضاف الى آخرهما وجودا وهو الموت الا يرى ان شاهدي النسب قبل الموت اذا رجعا بعد الموت والمشهود له اذا اخذ المال لم يضمنا شيئا فاما
الدين فلا يجب بالموت بل يجب بالاقرار كذا في المبسوط والاسرار بخلاف النكاح جواب عما استشهد به الشافعي رح من انشاء النكاح يعني لا يلزمنا ذلك لانه من
الحوائج الاصلية فان بقاء النفس بالتناسل ولا طريق للتناسل الا بالنكاح والمرء غير ممنوع عن صرف ماله الى الحوائج الاصلية وان كان ثمه دين الصحة كالصرف
الى ثمن الادوية والاغذية وهو اي النكاح بمهر المثل هذه جملة حالية يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل واما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح
جائز كذا في العناية قال بعض الفضلاء فيه بحث فان النكاح من الحوائج الاصلية مطلقا اقول كون النكاح من الحوائج الاصلية مطلقا ممنوع فان الحوائج الاصلية
ما يكون من ضروريات الانسان والنكاح باكثر من مهر المثل ليس من ضرورياته لامكان حصوله بمهر المثل فان قيل لو تزوج وهو لا يحتاج اليه بسبب انه نساء او
وهو شيخ كبير لا يولد له عادة جاز وهي تشارك غرماء الصحة مع ان هذا النكاح لم يكن من الحوائج الاصلية لانه ليس له رجاء بقاء النسل ولا احتياج قضاء الشهوة قلنا
النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع لا للحال فان الحال مما لا يوقف عليها ليبتني الامر عليها اليه اشار في الاسرار وذكر في الشروح
وبخلاف المبايعة بمثل القيمة جواب عما استشهد به الشافعي رح من انشاء المبايعة يعني ولا يلزمنا المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة والمالية
باقية في المبايعة بمثل القيمة وان فاتت الصورة فلم يكن في انشاء ذلك ابطال شيء من حقهم بل فيه تحويل حقهم من محل الى محل يعدله وللبدل حكم المبدل كما اشعر
ان يقال لو تعلق حق الغرماء بمال المديون لبطل اقراره بالدين حالة الصحة ايضا لان الاقرار المتضمن لابطال حق الغير غير معتبر كما مر مع ان ذلك ليس بباطل
بالاجماع اجاب بقوله وفي حالة الصحة لم يتعلق حق الغرماء بالمال اي بمال المديون لقدرته على الاكتساب اي لقدرة المديون على الاكتساب في تلك الحالة
فيتحقق التثمير اي تثمير المال وهو تكثيره يقال ثمر الله ماله اي كثره فلم تقع الحاجة الى تعلق حق الغرماء بماله وهذه اي حالة المرض حالة العجز عن الاكتساب
فيتعلق حقهم بماله في هذه الحالة حذرا عن التوى ولما استشعر ان يقال سلمنا ذلك لكن لو اقر في المرض ثانيا ينبغي ان لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله
كما لا يصح اقراره في المرض في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم بذلك اجاب بقوله وحالتا المرض حالة واحدة اي حالة اول المرض وحالة آخره بعد ان يتصل به الموت
حالة واحدة لانه اي لان المرض حالة الحجر ولهذا يمنع عن التبرع فكان الاقراران في المرض بمنزلة اقرار واحد كما ان حالتي الصحة حالة واحدة فيعتبر الاقراران جميعا
بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى اي حالة الصحة حالة اطلاق للتصرف وهذه اي حالة المرض حالة عجز عن التصرف قال في غاية البيان لو قال حالة حجر
لكان اولى لكونه اشد مناسبة بالاطلاق فافترقا اي افترق الوجهان او الحكمان فمنع تعلق حق غرماء الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض ولم تمنع الاقرار في حالة
ولم يمنع الاقرار في اول المرض عن الاقرار في آخره ثم ان الدليل المذكور افاد تقديم دين الصحة على الدين الثابت بالاقرار في حالة المرض وبقي الكلام في

وما تقدم من المعرفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له وذلك مثل بدل مال ملكه او استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره
او تزوج امرأة بمهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر لما بينا ولو قضى المريض دين بعض الغرماء لم يصح لانه
لا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لان في ايثار البعض ابطال حق الباقين وغرماء الصحة
والمرض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه

تقديم الديون المعروفة الاسباب عليه فقال وانما تقدم المعروفة الاسباب يعني انما تقدم الديون اللازمة في حالة المرض باسباب معلومة على الدين الثابت بالاقرار
في حالة المرض لانه لا تهمة في ثبوتها اي في ثبوت تلك الديون اذ المعاين لا مرد له يعني ان ثبوتها بالمعاينة والاقرار المعاين لا مرد له فتقدم على المقر به في
المرض وذلك اي ما ذكر من الديون المعروفة الاسباب مثل بدل مال ملكه كالثمن المبيع وبدل القرض او استهلكه اي او بدل مال استهلكه وعلم وجوبه اي وجوب
البدل بغير اقراره اي بغير اقرار المريض بان وجد من وجوب البدل بغير اقراره اي بغير اقرار المريض بمعاينة القاضي او بالبينة او تزوج امرأة بمهر مثلها
هذا عطف على بدل مال ملكه او استهلكه بحسب المعنى كانه قال ومهر امرأة تزوجها فانها ايضا من الديون المعروفة الاسباب كما لا يخفى قال صاحب العناية ولان العلم بوجوبه بغير اقرار المريض شرط في هذا المثال ايضا لانه لو
ما يثبت باقرار المريض فلا يصلح مثالا لما تقدم عليه من الديون المعروفة الاسباب اذ كان ذلك شرطا ايضا ففي هذا ايضا الا يرى في تاخير المصنف رح عن قوله وعلم وجوبه
بغير اقراره وجه وجيه وهذا الدين يعني الدين اللازم في المرض باسباب معلومة مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر لما بينا اشارة به الى قوله لانه لا تهمة في ثبوتها
فان تلك العلة اعني عدم التهمة في الثبوت كما تمشي في الدين اللازم في المرض باسباب معلومة بناء على ان المعاين لا مرد له كذلك تمشي في دين الصحة مطلقا
اما فيما لزم في الصحة باسباب معلومة فبناء على ان المعاين لا مرد له واما فيما ثبت في الصحة بالاقرار فبناء على ان لا يكون فيه ابطال حق الغير كما في اقرار المريض نصا
وقال صاحب غاية البيان قوله لما بينا اشارة الى قوله اذ المعاين لا مرد له اقول ليس هذا بتام لان تلك العلة اعني قوله اذ المعاين لا مرد له لا تمشي فيما اذا
ثبت دين الصحة بالاقرار اذ الثابت بالاقرار ليس من المعاين فلا يظهر بها ان لا يقدم هذا الدين على دين الصحة مطلقا بخلاف ما ذكرناه وقال صاحب العناية
لما بينا انه من الحوائج الاصلية يعني في النكاح ولا تهمة في ثبوته في غيره انتهى اقول هذا تكلف مستغنى عنه فان قول المصنف رح لانه لا تهمة في ثبوتها مع
قربه في الذكر وشموله في الدين اللازم بسبب النكاح والدين اللازم بسبب غيره جميعا كيف لا يكتفى به في شرح قوله ههنا لما بيناه فيصار الى التوزيع قوله لما بينا
الى قوله لانه لا تهمة في ثبوتها والى قوله في بعيد بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل كما يقتضيه تقرير صاحب النهاية ومعراج الدراية قوله
لما بينا اشارة الى قوله لانه من الحوائج الاصلية وقوله لانه لا تهمة في ثبوتها اقول ان اراد ان قوله لما بينا اشارة الى قوليه المذكورين في الموضعين بطريق
التوزيع كما قرره صاحب العناية فيرد عليهما ما يرد عليه من انه تكلف مستغنى عنه كما بيناه وان اراد انه اشارة الى قوليه المذكورين بطريق الاستقلال بمعنى ان كل
واحد منهما يصلح ان يكون علة مستقلة لكون الديون المعروفة الاسباب مطلقا مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر فليس بصحيح لان قوله لانه من الحوائج
الاصلية وهو بمهر المثل مخصوص بالنكاح وليس كثير من اسباب تلك الديون من الحوائج الاصلية قط فلا يتم المقصود ولو اقر المريض لعين في يده لآخر
سواء كانت العين امانة او مضمونة لم يصح اقراره في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به اي بما اقر به ذكر المص رح هذه المسألة تفريعا على مسألة القدوري ومفاده ان الاقرار
بالعين في المرض كالاقرار بالدين فيه ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض خلافا للشافعي رح ذكره المص رح هذه المسألة ايضا تفريعا على
مسألة القدوري وقال في تعليلها لان في ايثار البعض ابطال حق الباقين وهو لا يصح فان فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون ذلك بين الغرماء
بالحصص عندنا نص عليه في المبسوط وغيره وقال الشافعي رح المقبوض سالم للقابض لان المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضي دين من يخاف ان
لا يسامحه بالابراء بعد موته بل يخاصمه في الآخرة والتصرف على وجه النظر غير مردود والجواب ان النظر لنفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره وغرماء الصحة والمرض
في ذلك سواء اي وغرماء الصحة وغرماء المرض الذين كانوا غرماء في الديون المعروفة الاسباب سواء في عدم جواز ايثار البعض على البعض بقضاء الدين مع العلة
اشتراك الكل وتساويهم في تعلق حقهم بمال المريض الا اذا قضى ما استقرض في مرضه هذا استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض

او نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة **قال** واذا قضيت يعني الديون المتقدمة وفضل شيء يصرف الى ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته **قال** فاذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره لانه لم يتضمن ابطال حق الغير وكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر رضه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا يقدم حاجته في التكفين

وقوله في مرضه متعلق بالفعلين جميعا اعني قضى واستقرض والمعنى الا اذا قضى في مرضه ما استقرض في مرضه وكذا قوله او نقد ثمن ما اشترى في مرضه اي نقد في مرضه ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم وجوبه اي والحال انه قد علم وجوب كل واحد من القضاء والنقد بالبينة او بمعاينة القاضي فحينئذ يجوز ان يخص المريض المقرض والبائع بقضاء دينهما وتسليم المقبوض لهما ولا يشاركهما في ذلك غيرهما لانه لم يبطل حق الغرماء بل انما حوله من محل الى محل يعدله وكان تعلق حقهم بالمالية لا بالصورة والمالية لم تفت بالتحويل وفي المبسوط ارايت لو رد ما استقرض بعينه او فسخ البيع ورد المبيع لكان تمنع سلامته للمردود عليه بحق غرماء الصحة لا تمنع ذلك فكذلك اذا رد بدله لان حكم البدل حكم المبدل قال في النهاية وذكر في الذخيرة باوضح من هذا فقال فان قضى المريض ديون هؤلاء هل لغرماء الصحة ان يشاركوهم فيما قبضوا اما لا يشاركون المقرض والبائع ويشاركون المرأة والآجر لان المريض بقضاء دين المقرض والبائع لم يبطل حق غرماء الصحة لما ذكرنا ان حق غرماء الصحة في معنى مال المريض لا في اعيانها وهذا لا يكون ابطالا لحقهم بل كان نقلا لحقهم وله ولاية النقل الا يرى انه لو باع ماله ليوفي حقوقهم كان له ذلك فاما في النكاح والاجارة فبقضاء المهر والاجر ابطل حق غرماء الصحة عن عين المال وعن ماليته لان ما وصل اليه من المنفعة لا يصلح لقضاء حقوقهم فصار وجود هذا العوض في حقهم وعدمه بمنزلة فكان ابطالا لحقهم وليست له ولاية الابطال انتهى قال اي القدوري في مختصره فاذا قضيت على صيغة المجهول وفسر المصنف رح القائم مقام الفاعل بقوله يعني الديون المتقدمة واراد بالديون المتقدمة ديون الصحة والديون اللازمة في المرض باسباب معلومة وفضل شيء هذا من كلام القدوري يعني وفضل شيء من التركة بعد قضاء الديون المذكورة يصرف الى ما اقر به في حال المرض قال المصنف رح في تعليله لان الاقرار في ذاته صحيح اي محمول على الصدق في حق المقر لصدوره عن اهله في محله اذ الكلام فيه فيكون حجة عليه انما رد في حق غرماء الصحة لكونه منافيا حق الغير فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته اي صحة اقراره في المرض لزوال المانع قال اي القدوري في مختصره وان لم يكن عليه اي على المريض ديون في صحته جاز اقراره وان كان الكل ماله قال المصنف رح في تعليله لانه لم يتضمن ابطال حق الغير يعني انه انما رد لتضمنه ابطال حق الغير فاذا لم يتضمن ذلك هذا اقراره لعدم المانع اقول كان الظاهر في وضع المسئلة ان يقال وان لم يكن عليه ديون في صحته ولا ديون لازمة في مرضه باسباب معلومة جاز اقراره لان الديون اللازمة في المرض باسباب معلومة متقدمة ايضا على الدين الثابت باقرار المريض كما مر فاذا كان عليه تلك الديون فالظاهر ان لا يجوز اقراره وان لم يكن عليه ديون في صحته لتضمنه ابطال حق غرماء الديون اللازمة في مرضه باسباب معلومة وكان المقر له اولى من الورثة هذا من كلام القدوري ايضا قال المصنف رح في تعليله لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته والاثر في مثله كالخبر لانه من المقدرات فلا يدرك بالقياس فيحمل على انه سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم كذا في التبيين قال صاحب غاية البيان فيه نظر لانه ذكر في مبسوط خواهرزاده وغيره عن ابن عمر لا عمر وكذا روى في الاصل حدث محمد بن الحسن فيه عن يعقوب عن محمد بن عبد الله عن نافع عن ابن عمر انه قال اذا اقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك بماله اقول هذا النظر غير وارد لان كونه مرويا عن ابن عمر لا ينافي كونه مرويا عن عمر ايضا فيجوز ان يسند بعض الفقهاء في النقل الى احدهما كما وقع في الكتب التي ذكرها وبعضهم الى الآخر كما وقع في الهداية والكافي وغيرهما سيما اذا اختلفت عبارة الفريقين في النقل ويؤيد ذلك ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولنا ما روي عن عمر وابنه عبد الله رضي الله تعالى عنهما انهما قالا اذا اقر المريض لوارثه لم يجز واذا اقر لاجنبي جاز انتهى فتدبر ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية اذ فيه رفع الحائل بينه وبين الجنة قال النبي صلى الله عليه وسلم الدين حائل بينه وبين الجنة كذا في الشروح وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا تقدم حاجته اي حاجة الميت في التكفين والتجهيز اقول لقائل ان يقول ان كان قضاء الدين الثابت باقرار المريض من الحوائج الاصلية لا يتم ما ذكره المصنف رح فيما مر الفرق بين الدين الثابت باقرار المريض وبين الدين اللازم بمناكحته بقوله بخلاف النكاح لانه من الحوائج

قال ولو اقر المريض لوارثه لا يصح الا ان يصدقه فيه بقية ورثته وقال الشافعي رحمه الله في احد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه وصار كالاقرار لاجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين

الاصلية هو مهر المثل ثم اقول يمكن ان يقال قضاء الدين الثابت باقرار المريض يكون من الحوائج الاصلية اذا لم يتحقق هناك دين الصحة والدين اللازم في المرض باسباب معلومة او تحققا ولكن فضل شيء من التركة بعد قضائهما واما اذا تحققا ولم يفضل شيء من التركة بعد قضائهما فلا يكون الدين الثابت باقرار المريض من الحوائج الاصلية لان علة كونه من الحوائج الاصلية ان يرفع به الحائل بين المديون وبين الجنة كما مر وتلك العلة منتفية عند تحقق دين الصحة ودين المرض باسباب معلومة مع عدم وفاء التركة بما سواهما لانهما يحولان حينئذ بينه وبين الجنة ما لم يرفعا بقضائهما بخلاف النكاح فان علة كونه من الحوائج الاصلية كونه من مصالح المعيشة وهذه العلة متحققة في كل حال واجاب بعض الفضلاء عن الايراد المزبور بانه لم يظهر ثبوت الدين فيما اذا اقر بدين في مرضه وعليه دين الصحة لمكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج الاصلية اقول يرد عليه انه يصير حينئذ مدار الفرق بين ما اقر به في مرضه وبين ما لزمه بنكاحه عدم ظهور ثبوت الاول لمكان التهمة فظهور ثبوت الثاني اذ المغاير لا مدخل لا عدم كون الاول من الحوائج الاصلية وكون الثاني منها كما تقتضيه قول المصنف بخلاف النكاح فانه من الحوائج الاصلية ومورد الايراد انما هو قول المصنف هذا ويمكن التوجيه فتامل قال اي القدوري في مختصره ولو اقر المريض لوارثه لا يصح سواء اقر بعين او بدين كما صرح به عندنا قال صاحب النهاية وهو باطلاقه يتناول العين والدين الا ان يصدقه فيه اي في اقراره هذا بقية الورثة وبه قال الشافعي رح في قول واحمد رح وهو قول شريح و ابراهيم النخعي ويحيى الانصاري والقاسم وسالم وابو هاشم وقال الشافعي رح في احد قوليه يصح وهو قول ابي ثور وعطاء والحسن البصري وقال مالك يصح اذا لم يتهم ويبطل اذا اتهم كمن له بنت وابن عم فاقر لابنته لم يقبل ولو اقر لابن عمه قبل اذ لا يتهم ان يزيد في نصيبه ويتهم ان يزيد في نصيبها ودليل ما قاله الشافعي رح في احد قوليه ما ذكره المصنف رح بقوله لانه اي لان هذا الاقرار اظهار حق ثابت اي اخبار عن حق لازم عليه لترجح جانب الصدق فيه اي في هذا الاقرار بدلالة الحال فان حال المرض ادل على الصدق لانه حال تدارك الحقوق فلا يجوز ان يثبت الحجر عن الاقرار به وصار هذا الاقرار كالاقرار لاجنبي وبوارث آخر نحو ان يقر بمجهول النسب انه ابنه فانه يصح وان تضمن وصول شيء من التركة اليه وبوديعة مستهلكة للوارث اي وكالاقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فانه صحيح وصورة ذلك على ما ذكر في الجامع الكبير رجل اودع اباه الف درهم في حال صحة الاب او مرضه بمعاينة الشهود فلما حضرته الوفاة قال استهلكتها ثم مات وانكر ذلك سائر الورثة فان اقرار المريض جائز والالف من تركته للابن المقر له خاصة قال جماعة من الشراح والجواب عنه انا لو لم نعتبر اقراره لصار انه مات مجهلا فيجب الضمان فلا يفيد رد اقراره ولان تصرف المريض انما رد للتهمة ولا تهمة في المعاينة انتهى اقول جوابهم الثاني ليس بصحيح لان الثابت بالمعاينة في المسئلة المذكورة انما هو ايداع الوارث تلك الوديعة لا استهلاك المورث اياها وانما ثبت الاستهلاك باقرار المورث لا غير كما هو المفروض في هاتيك المسئلة فيبقى الكلام في صحة الاقرار بالاستهلاك فالصواب من جوابيهم هو الاول كما هو المفهوم مما ذكر في الجامع الكبير من تعليل المسئلة المذكورة بقوله لان تصرف المريض انما يرد للتهمة لا لخلل فيه ولا تهمة في هذا الا يرى انا اذا كذبناه فمات وجب الضمان ايضا في تركته لانه مات مجهلا انتهى وكان تلك الجماعة من الشراح اغتروا بما في الجامع الكبير من قوله لانه لا تهمة في هذا ففهموا ان وجه عدم التهمة فيه ثبوته بالمعاينة وليس كذلك بل وجه ذلك وجوب الضمان على المقر سواء صدق في اقراره ام كذب لانه مات مجهلا كما هو الظاهر من التقرير المذكور فيه ثم ان صاحب العناية لم يصب ايضا في تحرير هذا المقام حيث ذكر المسئلة المذكورة مع تعليلها المذكور في الجامع الكبير عند تقرير دليل الشافعي مع ان التعليل المذكور حجة على الشافعي لا له وانما الصواب ان يذكر مضمون ذلك التعليل هنا على وجه الجواب عن قياس الشافعي ما نحن فيه على تلك المسئلة كما ذكره غيره ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين رواه الدارقطني في سننه عن نوح بن دراج عن ابان بن تغلب عن جعفر بن محمد عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين قال شمس الائمة الحلواني في مبسوطه وحجتنا في ذلك قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار بالدين الا ان هذه الزيادة شاذة غير مشهورة

ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين ولان حالة المرض
حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه لو حجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه

وانما المشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما اذا اقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك ماله وان اقر لوارث فهو باطل الا ان يصدقه الورثة وبه
اخذ علمائنا وقول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس انتهى وقال صاحب البدائع بعد ذكر قول ابن عمر ولم يعرف له فيه مخالف من الصحابة فيكون اجماعا
انتهى اقول كل واحد من الحديث الذي رواه الدارقطني عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والاثر الذي روي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما انما يدل على بطلان اقرار
المريض لوارث بالدين بدون تصديق الورثة وسلمنا تعميم بطلان اقراره له بالدين بالعين كما صرح به فكان الدليل قاصرا عن افادة تمام المدعى اللهم الا ان
يلتزم ذلك بناء على افادة الدليل العقلي الآتي كلية المدعى فتامل ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع اي المريض من التبرع على الوارث كالوصية والهبة
له اصلا اي بالكلية ففي تخصيص البعض به اي نفي تخصيص بعض الورثة بماله ابطال حق الباقين اي ابطال حق باقي الورثة وهو جور عليهم فيرد وتذكر ههنا ما ورد عليه
من الاشكال بالاقرار في المرض لوارث آخر وجوابه فانا قد ذكرناهما فيما مر نقلا عن المبسوط والاسرار فان قيل حق الورثة انما يظهر بعد الفراغ عن حاجته فاذا اقر بالدين
لبعض الورثة فقد ظهر حاجته لان العاقل لا يكذب على نفسه جزافا وبالمرض تزداد جهة الصدق لان الباعث الشرعي ينضم الى العقل فيبعثه على الصدق قلنا الاقرار
للوارث ايصال نفع اليه من حيث الظاهر وفيه ابطال حق الباقين ووجوب الدين لم يعرف الا بقوله وهو متهم فيه لجواز انه اراد الايثار بهذا الطريق حيث عجز
عنه بطريق الوصية فوجب ان يتوقف صحته على رضى الباقين دفعا للوحشة والعداوة بخلاف الاجنبي لانه غير متهم فيه لانه يملك ايصال النفع اليه بطريق الوصية
وكل تصرف تمكن المرء في تحصيل المقصود به انشاء لا تتمكن التهمة في اقراره كذا في الكفاية ومعراج الدراية ولان حالة المرض حالة الاستغناء عن المال لظهور امارات
الموت الموجب لانتهاء الامال وكل ما هو كذلك فالاقرار لبعض الورثة فيها يورث تهمة تخصيصه والقرابة تمنع عن ذلك لانها سبب التعلق اي سبب تعلق حق الاقارب
بالمال وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بلا مخصص وعلى هذا التقرير الذي هو مختار صاحب الغاية يكون قول المصنف ولان حالة المرض حالة الاستغناء
الى آخره دليلا مستقلا على اصل المسئلة وهو الظاهر من اسلوب تحريره وقال بعض الفضلاء قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء عطف على قوله ولهذا يمنع
الى آخره فانه كان دليلا آنيا وهذا دليل لمي انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان تقديم قوله ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين ياب عن
ذلك جدا لان قوله لانه يتعلق حق الورثة بماله في مرضه مقدمة لدليل اصل المسئلة وقوله ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين مقدمة اخرى له مربوطة بالاولى
ولو كان قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء معطوفا على قوله ولهذا يمنع من التبرع لكان دليلا على المقدمة الاولى كالمعطوف عليه فيلزم توسيط المقدمة الثانية
بين دليلي المقدمة الاولى ولا يخفى ما فيه نعم يصلح قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق لان يكون دليلا على قوله ولانه تعلق حق الورثة
بماله في مرضه لولا توسط قوله ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين وعن هذا قال في الكافي ولانه اثر بعض ورثته بشيء من ماله بعد تعلق حق الكل بماله
فيرد كما لو اوصى له بشيء من ماله وهذا لان حالة المرض حالة الاستغناء عن ماله لظهور آثار الموت فيها والظاهر ان الانسان لا يحتاج الى ماله لانتهاء آماله عنه
اعماله على الآخرة فيظهر عند استغنائه حق اقربائه ولهذا منع من التبرع على وارثه اصلا فلم يصح اقراره للوارث لانه يوجب ابطال حق الباقين انتهى وقال صاحب
التبيين ولان فيه ايثار بعض الورثة بماله بعد تعلق حق جميعهم فلا يجوز لما فيه من حق البقية كالوصية وانما تعلق حقهم به لاستغنائه عنه بعد الموت فلا يتمكن من ابطال حقهم
بالاقرار لورثته كما لا يتمكن منه بالوصية لهم انتهى تدبر الا ان هذا التعلق اي تعلق حق الورثة بمال المريض في حالة المرض لم يظهر في حق الاجنبي حيث لم يمنع اقرار المريض للاجنبي لحاجته اي لحاجة الانسان
الى المعاملة مع الناس في الصحة اي في حالة الصحة فلو لم يصح اقراره بالكلية في حالة المرض لم تنقض حاجته في حالة الصحة لانه لو حجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه في الصحة
بناء على جواز ان يعرضه المرض فتختل مصالحه فيقع في الحرج وهو مرفوع شرعا ولما استشعر ان يقال الحاجة موجودة في حق الوارث ايضا لان الناس كما يعاملون

وقلما يقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته ايضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوه فيصح اقراره وان اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا والقياس ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا انا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى ياتي على الكل **قال** ومن اقر لاجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره له فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها ووجه الفرق ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبقي اقراره لاجنبية

مع الاجنبي يعاملون مع الوارث اجاب بقوله وقلما يقع المعاملة مع الوارث لان المعاملة للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيي من المماكسة معه فلا يحصل الربح ولم يظهر اي وكذا لم يظهر هذا التعليق في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته ايضا اي لحاجة الانسان الى الاقرار بالوارث ايضا لان الاقرار بالنسب من حوائجه الاصلية لانه يحتاج الى ابقاء نسله فلا ينحجر عنه لحق الورثة ثم هذا التعلق اي تعلق الورثة بمال المريض في مرضه حق بقية الورثة فاذا صدقوه اي اذا صدق بقية الورثة المقر لوارث فقد ابطلوه اي ابطلوا حقهم فيصح اقراره وهذا الكلام من المص بيان لوجه الاستثناء الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله الا ان تصدقه فيه بقية الورثة وان اقر الاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا اشارة الى قوله ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية كما ذهب اليه صاحب معراج الدراية وصاحب العناية او الى قوله لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه كما ذهب اليه صاحب غاية البيان وتبعه الشارح العيني وفي العناية و كانت المسئلة معلومة مما تقدم الا انه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان والقياس ان لا يجوز الا في الثلث وهو مذهب بعض الناس كما ذكر شيخ الاسلام في مبسوطه لان الشرع قصر تصرفه اي تصرف المريض عليه اي على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة ولهذا لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ الا في الثلث فكذا الاقرار وجب الا ان ينفذ الا في الثلث كذا قالوا اقول لقائل ان يقول الشرع انما قصر على الثلث تصرفه الذي لم يكن من الحوائج الاصلية دون مطلق التصرف والا لزم ان لا ينفذ تصرفه في نحو ثمن الاغذية والادوية الا في مقدار الثلث ولم يقل به احد وقد تقرر فيما مر ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية فلم يجر القياس المذكور في الاقرار بالدين اللهم الا ان يدعى ان كون قضاء الدين من الحوائج الاصلية على موجب الاستحسان ايضا دون القياس الا انا نقول في وجه الاستحسان لما صح اقراره في الثلث لانتفاء التهمة عن اقراره في ذلك القدر لعدم تعلق الورثة به كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين والثلث بعد الدين محل التصرف قطعا فينفذ الاقرار في الثلث الباقي ثم وثم حتى ياتي على الكل كذا في الايضاح وعامة المعتبرات اقول فيه شيء وهو ان الاتيان على الكل غير متصور على الوجه المزبور بناء على القول بالجزء الذي لا يتجزى كما هو مذهب المتكلمين فظاهر لان التثليث اذا انتهى الى ثلاثة اجزاء فاخرج منها احدها وبقي جزءان امتنع بعد ذلك اخراج الثلث من ذينك الجزئين الباقيين لعدم امكان التجزي في شيء منهما واما على القول بامكان القسمة الى غير النهاية كما هو مذهب الحكماء فلان الثالث في كل مرتبة لا يحتمل ان يكون عين الكل للقطع بمغايرة الجزء للكل لا يقال مراده الاتيان على قريب من الكل لا عين الكل حقيقة لانا نقول فحينئذ لا يتم التقريب لان المدعى جواز الاقرار لاجنبي وان احاط بكل ماله حقيقة تدبر وتفصل الوجه المذكور بالوصية بجميع ماله اذا لم يكن عليه دين فانها لا تجوز عند تحقق الورثة مع جريان الطريق المزبور فيها لان المريض له حق التصرف في ثلث ماله بدون اجازة الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ماله كان له التصرف في ثلث الباقي لما ان جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كانه هو من الابتداء فيجب ان ينفذ وصيته في ثلثه ايضا ثم وثم الى ان ياتي على الكل واجيب بان الثلث بعد الدين محل تصرف المريض فلما اقر بدين انتقل الى محل التصرف الى ثلث ما بعده وليس الثلث بعد الوصية بشيء محل تصرف المريض وصية وانما محل الوصية ثلث المجموع لا غير فافترقا قال اي القدوري في مختصره ومن اقر لاجنبي في مرضه بمال ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه اي ثبت نسب المقر له من المقر وبطل اقراره بالمال فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها بخلاف الهبة والوصية حيث بطلتا لها ايضا وقال زفر رح يبطل الاقرار لها ايضا لانها وارثة لها عند الموت فحصلت التهمة وهي المعتبر في الباب لنا ما ذكره المص بقوله ووجه الفرق اي بين المسئلتين ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح يعني ان النسب اذا ثبت تستند الى وقت العلوق فتبين بذلك ان اقرار المريض وقع لوارثه وذلك باطل ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج يعني ان الزوجية اذا ثبتت ثبتت مقتصرة على زمان العقد فبقي اقراره لاجنبية فيصح بخلاف الهبة والوصية لان الوصية تمليك بعد الموت وهي وارثة حينئذ والهبة في المرض في حكم الوصية

قال ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم اقر لها بدين ومات فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه لانهما متهمان فيه لقيام العدة وباب الاقرار مسدود للوارث فلعلهما اقدما على هذا الطلاق ليصح اقراره لها بزيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين فيثبت

فصل ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره وانما شرط تصديقه لانه في يد نفسه اذ المسئلة وضعها في غلام يعبر عن نفسه

على ما ياتي بيانه وفي وصايا الجامع الصغير ولو ان المريض اقر بدين لابنه وهو نصراني او عبد ثم اسلم الابن او اعتق العبد ثم مات الرجل فالاقرار باطل لانه حين اقر كان سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة التي صار بها وارثا في ثاني الحال وليس هذا كالذي اقر لامراة ثم تزوجها لان سبب التهمة لم يكن هناك قائما وقت الاقرار انتهى قال اي القدوري في مختصره ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم اقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه اي من الزوج قال الامام الزيلعي في شرح الكنز هذا اذا طلقها بسؤالها وان طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح الاقرار لها لانها وارثة اذ هو فار وقد بيناه في طلاق المريض انتهى وقال نجم الدين الزاهدي في شرح مختصر القدوري وفي بعض النسخ والشروح ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا بسؤالها ثم اقر لها بدين والوضعان صحيحان والحكم فيهما واحد على ما قرره في الجامع والمحيط غير انه لولا الاقرار ففي الوضع الاول ترثه اذا مات في العدة وفي الوضع الثاني لا ترثه ومع هذا اذا اقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن الميراث انتهى كلامه اقول قد اختلف رأيهما في استخراج هذا المقام والذي يطابق ما مر في كتاب الطلاق في هذا الكتاب ما ذكره الزيلعي فانه قال هناك وان طلقها ثلاثا في مرضه بامرها ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث فكانت المسئلة مقيدة هناك بما قيده الزيلعي ههنا ولا يرى للتقييد فائدة سوى الاحتراز عما اذا طلقها بغير امرها ثم اني تتبعت عامة المعتبرات حتى الجامع والمحيط فلم اظفر في شئ منها بكون الحكم واحدا في الموضعين المذكورين بل انما وجدت المسئلة المزبورة مذكورة بشكل الحكم المصفور وجدتها مقيدة بكون الطلاق بسؤال المراة او بامرها فالظاهر ما ذكره الزيلعي واما عدم تعرض المصنف رح وصاحب الكافي وكثير من الشراح ههنا للتقييد المذكور فيجوز ان يكون بناء على ظهوره مما صرح في كتاب الطلاق ثم ان صاحب العناية من الشراح وان قيد المسئلة ههنا ايضا بالقيد المذكور الا انه فسرها حيث جعلها مثالا لما كان المقر به وارثا حالة الاقرار دون الموت وغيرها عن وضعها المذكور في الكتاب فقال كما اذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا بامرها وقد اقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن الميراث والمذكور في الكتاب ثم اقر لها ومنهما بون لا يخفى قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب لانهما اي الزوجين متهمان فيه اي في هذا الاقرار لقيام العدة اشار بهذا الى ان وضع المسئلة فيما اذا كان موت المقر قبل انقضاء العدة واما اذا كان موته بعد انقضائها فاقراره لها جائز وباب الاقرار مسدود للوارث فلعله اي فلعل الزوج اقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره بها بزيادة على ميراثها فوقعت التهمة في اقراره ولا تهمة في اقل الامرين فيثبت اي اقل الامرين قال علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو اقر لامراته بدين من مهر صدق فيما بينه وبين مهر مثلها وتحاصر غرماء الصحة لانه اقر بما يملك انشاءه فانعدمت التهمة ولو اقرت المراة في مرضها بقبض المهر من زوجها لم تصدق لانها اقرت بدين للزوج لان القبض يوجب مثل المقبوض في الذمة ثم يلتقيان قصاصا والاقرار بالدين للوارث لا يصح انتهى وفي الفتاوى الصغرى المريضة اذا اقرت باستيفاء مهرها فان ماتت وهي منكوحة او معتدة لا يصح اقراره وان ماتت غير منكوحة ولا معتدة بان طلقها قبل الدخول يصح

فصل في بيان الاقرار بالنسب قدم الاقرار بالمال على الاقرار بالنسب لكثرة وقوع الاول وقلة وقوع الثاني ولا ريب في ان هو كثير الدوران اهم بالبيان الثاني بالفصل على حدة لانفراده ببعض الشروط والاحكام كما سيظهر ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله اي مثل ذلك الغلام لمثله اي لمثل المقر يعني هما في السن بحيث يجوز ان يولد المقر له للمقر وليس له اي للغلام نسب معروف بل كان مجهول النسب انه ابنه اي اقر انه ابنه وصدقه الغلام اي فيما اذا كان يعبر عن نفسه اما اذا كان لا يعبر عن نفسه فلا يشترط تصديقه كما صرح به قاطبة ثبت نسبه منه جواب المسئلة اي ثبت نسب الغلام من المقر وان كان المقر مريضا الى هنا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليل المسئلة لان النسب مما يلزمه خاصة يعني ان النسب في الصورة المذكورة مما يلزم المقر خاصة ليس فيه حمل النسب على الغير فيصح اقراره به وان كان مريضا لان المريض انما لا يصح فيما فيه التهمة بحق الغير ولا تهمة ههنا وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر فلا يصح اقراره وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه اي لان كون نسبه معروفا يمنع ثبوته من غيره لان النسب لا يقبل الفسخ بعد ثبوته وانما شرط تصديقه اي تصديق الغلام لانه في يد نفسه اذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه واذا كان في يد نفسه فلا بد من تصديقه لان الحق له فلا يثبت بدون تصديقه كذا ذكر في التبيين اقول ينتقض هذا التعليل بالاقرار بالنسب

بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج الاصلية ويشارك الورثة فى الميراث لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير

اى لزوم ما اقر به هناك تصديق المقر له ولكن يرد الاقرار برده على ما تقرر فى صدر كتاب الاقرار مع جريان ان يقال فى ذلك ايضا ان الحق له فينبغى ان لا يثبت بدون تصديقه وقال فى البدائع لان اقراره يتضمن ابطال يده فلا يبطل الا برضاه انتهى اقول تضمن الاقرار بالنسب ابطال يد المقر له محل المنع فتامل وقال فى التسهيل لما فيه من الزام حقوق النسب فلا يلزمه الا بالتزامه انتهى اقول هذا اظهر الوجوه وهو الحق عندى اذ لا شك انه يترتب على ثبوت النسب حقوق كثبوت الارث ولزوم النفقة وما اشبههما وفى بعضها مشقة على المقر له فبقى الاقرار بالنسب لزوم تلك الحقوق فلا بد من التزام المقر له اياها حتى لا يتضرر بخلاف الاقرار بالمال ونحوه اذ هو نفع محض للمقر له فقيد بدون التزامه بخلاف الصغير الذى لا يعبر عن نفسه لانه فى يد غيره فلا يشترط تصديقه على ما مر من قبل اى فى باب دعوى النسب من كتاب الدعوى ولا يمتنع بالمرض اى لا يمتنع الاقرار بالنسب بسبب المرض لان النسب من الحوائج الاصلية فصار كالنكاح بمهر المثل ويشارك الورثة فى الميراث هذا من تتمة كلام القدورى فى مختصره اى ويشارك الغلام المقر له بالنبوة سائر الورثة فى ميراث المقر قال المص فى تعليله لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته اى ورثة المقر بالنسب قال اى القدورى فى مختصره ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد اى بالشرائط التى مر بيانها كما صرح به فى الكافى ومعراج الدراية وسائر المعتبرات اقول لا يذهب عليك ان المسألة المتقدمة مندرجة فى هذه المسألة اذ لا يدل عليها صراحة قوله ههنا والولد فاذا كانت الشرائط المعتبرة هناك معتبرة ههنا ايضا لم يكن لذكر تلك المسألة فيما قبل على الاستقلال كما وقع فى مختصر القدورى وعامة المتون فائدة يعتد بها كما لا يخفى ولهذا لم يقع كذلك فى الاصل والمحيط وعامة معتبرات الفتاوى والزوجة اى ويجوز اقرار الرجل بالزوجة ولكن يشترط ههنا ان يكون المرأة خالية عن زوج آخر وعدته وان لا يكون تحت المقر اختها ولا اربع سواها نص عليه فى الكافى والشروح والمولى اى ويجوز اقراره بالمولى يعنى مولى العتاقة سواء كان اعلى او اسفل هذا اذا لم يكن ولاؤه ثابتا من الغير لان الولاء بمنزلة النسب وثبوت النسب من الغير يمنع صحة الاقرار بالنسب فكذلك فى الولاء كذا فى الذخيرة وغيرها قال صاحب النهاية اعلم ان هذا الذى ذكره ههنا من صحة اقرار المقر بالام حيث قال بالوالدين موافق لرواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للامام سراج الدين المصنف رح ومخالف لعامة النسخ من المبسوط والايضاح والجامع الصغير للامام المحبوبى وغيرها والله تعالى اعلم بصحته انتهى كلامه قال المصنف رح فى تعليل مسألة الكتاب لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير فتحقق المقتضى وانتفى المانع فوجب القول بجوازه وقال صاحب العناية وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة اقراره بالام كصحة اقراره بالاب ثم قال قال صاحب النهاية والله تعالى اعلم بصحته وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور انتهى يعنى ان صحته مقررة بدلالة الدليل المذكور عليها فلا وجه لتردد صاحب النهاية فيها كما يشعر به قوله والله تعالى اعلم بصحته اقول فيه بحث اما اولا فلان دلالة الدليل المذكور على صحة اقراره بالام ممنوعة فان من شرائط صحة اقراره بالام تصديق الام اياه وفيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وذلك لا يجوز ولهذا لا يقبل اقرار الام بالولد باتفاق الروايات لما سيأتى فاذا لم يجز تصديقها اياه لم يجز اقراره بها لاستلزام انتفاء الشرط انتفاء المشروط واما ثانيا فلان تردد صاحب النهاية فى صحة اقراره بالام انما نشأ مما صرح به فى عامة الروايات بان اقرار الرجل يصح باربعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة وذكر العدد يمنع الزيادة والنقصان على ما عرف فى الاصول فلما لم يجز اقراره بالام على مقتضى ما ذكر فى تلك الروايات جاز ان يكون دليل ذلك اقوى عن الدليل المذكور فى الكتاب للجواز فان الدليل المذكور فيه هو القياس الجلى وجاز ان يكون دليل عدم الجواز هو النص او الاجماع او القياس الخفى الذى هو الاستحسان ولكل واحد منها يترك القياس الجلى وان كان دليل ذلك هو القياس الجلى ايضا او الاقل من المساواة وعدم اطلاعنا على دليل ذلك لا يقتضى عدم ثبوته عند المجتهدين فالمدار فى صحة احدى الجانبين صحة النقل عنهم لا غير فتامل واعترض بعض الفضلاء على مسألة الكتاب والدليل المذكور فيه ان الاقرار بامومة المرأة فيه تحميل النسب على الغير اذا كانت متزوجة فينبغى ان لا يقبل فان قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه وبين اقرارها بالولد فان اقرارها بالولد

ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقها الزوج
لان الحق له او تشهد بولادته قابلة لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى

يصح ايضا اذا اخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لاثبات هذا ونفي ذلك انتهى اقول لا نسلم ان الاقرار بالام ايضا ليس فيه تحميل النسب على الغير وان كانت المرأة فيه تحميل النسب على الغير وان كانت تعرفته بل فيه تحميل ابوة الزوج ايضا بناء على كونه الاصل في النسب فكانه اقر على نفسه بالانتساب اليه ايضا وعن هذا قالوا في الاقرار بالاب صراحة ان المقر بالاب الزم نفسه الانتساب اليه ولم يقل احد ان فيه تحميل النسب نفسه على الغير بخلاف اقرار المرأة بالولد فان فيه تحميل نسب الغير على الغير اقرار على غيره لا على نفسه فكان دعوى وشهادة والدعوى المفردة ليست بحجة وشهادة المفرد فيما يطلع عليه الرجال وهو من باب حقوق العباد غير مقبولة كذا في البدائع وغيره ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا انه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير والابوية لا يمنع صحة اقرارها على النسب ويستوي في صحة الاقرار بالاشياء المذكورة حالة الصحة وحالة المرض لان حالة المرض انما تخالف حالة الصحة باعتبار تعلق حق الغرماء والورثة بالتركة فما لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كان الاقرار به في الصحة والمرض سواء والنسب والنكاح والولاء لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كذا في المبسوط ولا يقبل اي لا يقبل اقرار المرأة بالولد وان صدقها لان فيه اي في اقرارها بالولد تحميل النسب اي تحميل نسب الولد على الغير وهو الزوج لان النسب منه اي من الزوج قال الله تعالى ادعوهم لآبائهم الا ان يصدقها الزوج استثناء من قوله ولا يقبل بالولد يعني اذا صدقها الزوج يقبل اقرارها بالولد لان الحق له اي للزوج فيثبت بتصديقه او تشهد بولادته قابلة اي الا ان تشهد قابلة بولادته اي بتولد ذلك الولد من تلك المرأة وفي بعض النسخ بولادتها اي بولادتها اياه ففي هذه النسخة اضيف المصدر الى الفاعل وترك المفعول وفي الاولى عكس الامر لان قول القابلة في هذا اي في هذا الخصوص مقبول ثم ان الغرض ان الفراش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة وقد مر في الطلاق اي في باب ثبوت النسب عند قوله فان جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لان النسب يثبت بالفراش القائم وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى من هذا الكتاب دليل التفصيل هو ان اقرارها بالولد انما لا يصح بدون شهادة قابلة بالولادة اذا كانت المرأة ذات زوج وان كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة رحمه الله واما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها والاصل في جنس هذه المسائل ان من اقر بنسب يلزمه في نفسه ولا يحمله على غيره فاقراره مقبول كما يقبل اقراره على نفسه بسائر الحقوق ومن اقر بنسب يحمله على غيره فانه لا يقبل اقراره كما لا يقبل اقراره على غيره بسائر الحقوق كذا في شرح الاقطع فان قلت لاي معنى يثبت نسب الولد من الاب دون الام مع ان الولد ولد منهما وما فائدة ثبوت نسبه من الاب دون الام وما فائدة ثبوت النسب من الرجل في الاربعة او الخمسة المذكورة دون من سواهم مع ان للرجل اذا اقر بالاخ بعد موت ابيه يشاركه في تركة ابيه على ما سياتي في الكتاب وكذلك يجب عليه نفقة الاخ المقر له حال حيوته كما ذكر في المحيط والذخيرة قلت اما الاول فلان الولد منسوب الى الاب دون الام لقوله تعالى ادعوهم لآبائهم وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن حيث اضاف الاب الى الولد بلام التمليك ولذلك اختص الاب بالنسب واما فائدة اختصاص ثبوت النسب من الاب فهي صحة اقرار الاب بالولد ووجوب نفقة الولد على الاب على وجه الاختصاص حتى لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه احد في نسبه واما فائدة ثبوت النسب في حق هذه الاربعة او الخمسة فهي ثبوته على طريق العموم لا على طريق الخصوص اي ان حقوق المقر له كما يلزم على المقر كذلك يلزم على غير المقر تقرير الصحة اقراره حتى انه اذا اقر بالابن مثلا فالابن المقر له يرث من المقر مع سائر ورثته وان جحد سائر الورثة ذلك ويرث من اب المقر وهو جد المقر له وان كان الجد يجحد بنوته لابنه واما فيما سوى الاربعة او الخمسة فلما لم يصح اقرار المقر ظهر انه في موضعين احدهما عدم اعتبار اقراره فيما يلزم غيره من الحقوق حتى ان من اقر باخ وله ورثة سواه يجحدون اخوته فمات المقر لا يرث الاخ مع سائر ورثته ولا يرث من اب المقر وامه بخلاف من صح اقراره في حقه كما ذكرناه والثاني صحة رجوع المقر

ولا بد من تصديق هؤلاء ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت وكذا يصح تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق وكذا تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه وعند ابي حنيفة رح لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولهذا لا يحل له غسلها عنده ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار

... من سوى الاربعة او الخمسة وعدم صحته في حق هولاء بان من اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم رجع عما اقر يصح حتى انه لو اوصى بماله كله لانسان بعد الاقرار بالاخ كان المال كله للموصى له لان النسب لما لم يثبت كان اقراره بالاخ وقع باطلا فيصح رجوعه عما اقر واما اخذ الاخ المقر له تركة المقر عند عدم المزاحم فليس باعتبار صحة الاقرار بالنسب بل باعتبار انه كان بمنزلة الموصى له بجميع المال وباعتبار ان اقراره حجة في حق نفسه لا في حق غيره ولذلك قلنا باستحقاق كل له النفقة على المقر في حال حيوته الى هذا كله اشارة في الذخيرة وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي قال المصنف ولا بد من تصديق هولاء اي لا بد من تصديق الاقسام المذكورين لانهم في ايدي انفسهم فيتوقف نفاذ الاقرار على تصديقهم كذا في الكافي وغيره الا اذا كان المقر له صغيرا في يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه او عبدا له فيثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبد الغير يشترط تصديق مولاه كذا في التبيين ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر يعني ان المقر له بالنسب اذا صدق في حال حيوة المقر يصح فكذا اذا صدق بعد موته لان النسب يبقى بعد الموت فيصح تصديق المقر له بالنسب بعد موت المقر حتى يثبت به احكام النسب باسرها قال تاج الشريعة ولا يشكل هذا بايجاب البائع اذا مات قبل قبول المشتري لان الاقرار تام في نفسه والتصديق شرط فكان كما اذا باع بشرط الخيار للمشتري ثم مات البائع لا يبطل اما الايجاب ثمة فليس بتام لان القبول ذكر انتهى وكذا تصديق الزوجة اي وكذا يصح تصديق الزوجة زوجها في الاقرار بالزوجية بعد موت الزوج المقر بالاتفاق حتى يكون لها المهر والميراث لان حكم النكاح وهو العدة باق بعد الموت فان العدة واجبة بعد الموت وهي من آثار النكاح الا يرى انها تغسله بعد الموت لقيام النكاح من وجه وكذا تصديق الزوج بعد موتها اي وكذا يصح تصديق الزوج المرأة بعد موتها في الاقرار بالزوجية فعليه مهرها وله الميراث منها لان الارث من احكامه اي من احكام النكاح وهو مما يبقى بعد الموت كالعدة وهذا عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان النكاح انقطع بالموت حتى يجوز له ان يتزوج اختها واربعا سواها ولهذا لا يحل له غسلها بعد موتها عندنا ولا عدة عليه فلا يصح باعتبارها كما في العكس ولا يصح التصديق على اعتبار الارث هذا جواب سؤال مقدر على قول ابي حنيفة رح تقريره سلمنا ان تصديق الزوج اياها بعد موتها لا يصح نظرا الى انقطاع النكاح بالموت بدليل ان الزوج لا يحل له ان يغسل زوجته بعد موتها باتفاق اصحابنا ولكن لم لا يصح تصديقه اياها بعد موتها نظرا الى الارث الذي هو من حق آثار النكاح ايضا فقال لا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه اي لان الارث معدوم حالة الاقرار اي حالة اقرار الزوجة بالنكاح وانما يثبت اي الارث بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار قال صاحب العناية معناه ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن ان يثبت بالارث انتهى اقول لا يخفى على الفطن ان معنى كلام المصنف رح ههنا ان التصديق يستند الى اول الاقرار بالنكاح والارث معدوم في تلك الحال فلا يمكن اعتبار صحة التصديق باعتبار الارث المعدوم حينئذ واما المعنى الذي ذكره صاحب العناية فمع كونه مما لا يساعده عبارة المصنف رح اصلا ليس بسديد ههنا اما اولا فلانه لم يقل احد بان التصديق يثبت بنفس الارث حتى يتم ان يقال في الجواب عنه لا يمكن ان يثبت التصديق بالارث لثبوت الارث به بل قيل صحة التصديق باعتبار مصادفته وقت الارث الذي هو من آثار النكاح ولا ينافيه ثبوت نفس الارث بالتصديق واما ثانيا فلان ذلك منتقض بما اذا كان التصديق قبل موتها فانه يصح اتفاقا لمصادفته وقت ثبوت النكاح مع انه يجري ان يقال ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح فلا يمكن ان يثبت بثبوت النكاح واما ثالثا فلانه يلزم حينئذ ان يكون قول المصنف فانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت ضائعا مستدركا لجريان ذلك المعنى وان فرض ان الارث موجود حالة الاقرار ثابت قبل الموت تدبر وقال صاحب العناية ولقائل ان يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العدة لانها معدومة حالة الاقرار وانما تثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار وليفسد بما ذكرتم ويمكن ان يجاب عنه بان العدة لازمة للموت عن نكاح

قال ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره في النسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له وارث معروف قريب او بعيد فهو اولى بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لان له

بالاجماع فجاز ان يعتبر النكاح المعين قائما باعتبارها فكذا اللقربه واما الارث فليس بلازم له لجواز ان يكون المرأة كتابية فلم يعتبر قائما باعتباره انتهى كلامه اقول جوابه ليس بتام لان العدة ايضا غير لازمة للموت عن نكاح عند ابي حنيفة رح لجواز ان تكون المرأة ذمية مات عنها زوجها الذمي او يكون حربية خرجت الينا مسلمة او ذمية او مستأمنة ثم اسلمت او صارت ذمية فانه لا عدة عليها في هذه الصورة عند ابي حنيفة رحمه الله اذا لم تكن حاملا كما تقرر في محله والمعارضة المذكورة انما ترد على قول ابي حنيفة رح فالجواب لم يرد لا يدفعها على اصله ثم ان بعض العلماء قال بعد نقل ما ذكره صاحب الغاية في هذا المقام الظاهر ان مراد صاحب الهداية ان التصديق يستند الى حالة الاقرار ففي تلك الحالة لا يجب الارث بل هو حكم يجب يثبت بعد الموت فمتى صح الاقرار صح لاثبات الارث ايضا فيكون التصديق واقعا في شيء وهو في الحال معدوم من كل وجه وهو النكاح واشير الى هذا في النهاية فلا ترد المعارضة اصلا لان وجوب العدة ثابت قبل الموت فلا يكون التصديق واقعا في نكاح معدوم من كل وجه الى هنا كلامه اقول نعم اشير الى ذلك المعنى في النهاية وغيرها ولكن قوله فلا يرد المعارضة اصلا فممنوع لان وجوب العدة ثابت قبل الموت ان اراد به ان وجوبها ثابت قبل الموت في المعتدة بالطلاق فمسلم لكن ذلك لا يجدي نفعا اذ الكلام في المعتدة بالموت وان اراد به ان وجوبها ثابت قبل الموت في المعتدة بالموت ايضا فممنوع بل وجوبها في المعتدة بالموت بعد الموت كما لا يخفى وصرح به في النهاية وغيرها وقال بعض الفضلاء هذه المعارضة مدفوعة عن المص فانه لم يعين ان المراد من حكم النكاح في قوله حكم النكاح باق هو العدة فلعله اراد به مثل حرمة التزوج بزوج آخر وحل غسلها فانه ثابت في حال النكاح ايضا ولو عينه لامكن ان يقال المراد بالعدة ما يلازمها من امثال ما ذكرنا مجازا فلا اشكال انتهى كلامه اقول ما ذكره من مثل حرمة التزوج بزوج آخر وحل غسلها ليس بحكم مستقل للنكاح بعد الموت بل هو من متفرعات العدة كما لا يخفى على العارف بالفقه فاذا لم يصح التصديق على اعتبار العدة لم يصح ذلك على اعتبار ما هو متفرع عليها لان سقوط الاصل عن حيز الاعتبار يقتضي سقوط الفرع عن حيز ذلك ايضا فالاشكال باق وان قيل اذا اقر رجل لرجل بعبد فمات العبد وترك كسبا اكتسبه بعد الاقرار ثم صدقه المقر له يستحق الكسب والارث في مسألتنا كذلك قلنا الكسب يتبع ملك الاصل لا ابتداء الملك لرقبة لانه في حكم المنفعة ومن ملك رقبة ملك منافعها حكما لها فيصير الاقرار بالعبد اقرارا بان الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد فاما الارث فانما يثبت بعد موت المرأة على سبيل الخلافة عنها بسبب الزوجية لا بحكم الاقرار والمستحق عليها بالنكاح ليفوت بموتها فيقتضي تصديقها بعد ذلك دعوى ارث مبتداء كذا في الاسرار والايضاح وغيرهما قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد الصلبي نحو الاخ والعم ونحو الجد وابن الابن كما صرح بهما ايضا في الكافي لا يقبل اقراره في النسب وان صدقه المقر له بل لا بد فيه من البينة كما ذكر في التحفة وغيرها لان فيه اي في هذا الاقرار حمل النسب على الغير فان في الاقرار بالاخ حمل النسب على الاب اذ المقر له بالاخوة ما لم يكن ابن اب المقر لا يكون اخا له وفي الاقرار بالعم حمل النسب على الجد اذ المقر له بالعمومة ما لم يكن ابن جد المقر لا يكون عما له وفي الاقرار بابن الابن حمل النسب على الابن اذ المقر له لا يكون ابن ابن المقر ما لم يثبت بنوته من ابن المقر وفي الاقرار بالجد حمل النسب على الاب اذ المقر لا يكون جد المقر ما لم يثبت ابوته من ابيه فان كان له اي للمقر نحو ما ذكر وارث معروف قريب كاصحاب الفروض والعصبات او بعيد كذوي الارحام فهو اي الوارث المعروف اولى بالميراث من المقر له حتى لو اقر باخ وله عمة او خالة فالارث للعمة والخالة لانه لما لم يثبت نسبه اي نسب المقر له منه اي من المقر لا يزاحم الوارث المعروف قال في النهاية قوله فان كان له وارث بالفاء بعد قوله لا يقبل اقراره في النسب وقع في محزه لان هذا نتيجة ذلك وصورة ذلك ان الرجل اذا اقر في مرضه باخ له من ابيه وامه او بابن ابن له ثم مات وله عمة او خالة او مولى موالاة فالميراث للعمة والخالة او المولى ولا شيء للمقر له لان النسب لا يثبت باقراره فلا يستحق المقر له مع وارث معروف انتهى وان لم يكن له اي للمقر وارث معروف استحق المقر له ميراثه لان المقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده وهو في الاول مقر على غيره واقراره على غيره غير معتبر اذ لا ولاية له على غيره وفي الثاني مقر على نفسه واقراره على نفسه معتبر لان له

ولاية التصرف في ماله عند عدم الوارث الا ترى ان له ان يوصي بجميعه عند عدم الوارث فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من اقر باخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى لو اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر قرابته ثم اوصى بماله كله لانسان كان المال للموصى له ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل الاقرار **قال** ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه لما بينا ويشركه في الميراث لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق لم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق

ولاية التصرف في ماله عند عدم الوارث الا ترى ان له ان يوصي بجميعه اي بجميع ماله وقد جعل ماله للمقر له فيما نحن فيه باقراره باستحقاقه ذلك بعد موته فيستحق المقر له جميع المال وان لم يثبت نسبه من المقر لما فيه اي في الاقرار المزبور من حمل النسب على الغير وليست هذه اي هذه الصورة او القضية يعني الاقرار المذكور وصية حقيقة اوضح ذلك بقوله حتى ان من اقر باخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث المال ولو كان الاول يعني اي الاقرار بالاخ وصية لاشتركا اي الاخ والموصى له بجميع ماله نصفين لكنه استدراك من قوله وليست هذه وصية حقيقة اي لكن الاقرار المذكور بمنزلته اي بمنزلة الوصية بتاويل الايصاء ولعمري ان المصرح يفرط في المساهلة في امر التذكير والتانيث في كتابه هذا كما ترى ومن ذلك انه اشار فيما مر آنفا الى الاقرار بلفظة هذه وارجع ههنا الى الوصية ضمير المذكر. حتى لو اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر قرابته ثم اوصى بماله كله لانسان ثم مات ولا وارث له كان ماله جميعا للموصى له ولو لم يوص لاحد كان ماله لبيت المال لان رجوعه اي رجوع المقر المزبور صحيح يعني ان انكاره رجوع والرجوع عن مثل هذا صحيح بمنزلة الرجوع عن الوصية لان النسب لم يثبت فبطل اقراره ويبقى لك ان تعرف ان الرجوع عن الاقرار بالنسب انما يصح اذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه لان النسب لم يثبت لكونه تحميلا على الغير وليس له ذلك واما اذا ثبت النسب فلا يصح الرجوع بعد ذلك لان النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته قال اي القدوري في مختصره ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه لما بينا ان فيه حمل النسب على الغير ويشاركه في الارث اي يشارك المقر له بالاخوة المقر في الارث من ابيه وبه قال مالك واحمد رح واكثر اهل العلم وقال الشافعي لا يشاركه في الارث لعدم ثبوت النسب وحكى ذلك عن ابن سيرين قال المصنف رح في تعليل المشاركة لان اقراره تضمن شيئين احدهما حمل النسب على الغير ولا ولاية له اي للمقر عليه اي على الغير فلا يثبت والثاني الاشتراك في المال وله فيه ولاية لانه اقرار على نفسه وله ولاية على نفسه فيثبت ومثل هذا ليس بممتنع كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق اي بعتق ما اشتراه من ذلك البائع لم يقبل اقراره في حق الرجوع بالثمن على البائع حتى لا يرجع عليه بالثمن لكونه اقرارا على الغير في حق الرجوع بالثمن ولكن يقبل اقراره في حق العتق حتى يعتق عليه ما اشتراه لكونه اقرارا على نفسه في حق ذلك ثم اعلم انه اذا قبل اقراره في حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر عندنا وعند مالك وابن ابي ليلى يجعل اقراره شائعا في التركة فيعطى المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك حتى لو كان لشخص مات ابوه اخ معروف فاقر باخ آخر فكذبه اخوه المعروف فيه اعطى المقر نصف ما في يده عندنا وعندهما ثلث ما في يده لان المقر قد اقر له بثلث شائع في النصفين فينفذ اقراره في حصته ويبطل ما كان في حصة اخيه فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر في نصيب اخيه فيبطل اقراره فيه ونحن نقول ان في زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم بانكاره فيجعل ما في يده كالهالك فيكون الباقي بينهما بالسوية ولو اقر باخت تاخذ ثلث ما في يده عندنا وعندهما تاخذ خمسه ولو اقر ابن وبنت باخ وكذبهما ابن آخر معروف يقسم نصيب المقرين عندنا اخماسا وعندهما ارباعا والتخريج ظاهر ولو اقر بامرأة انها زوجة ابيه اخذت ثمن ما في يده ولو اقر بجدة صحيحة اخذت سدس ما في يده فيساوي ما في يده كما يساوي لو ثبت ما اقر به ولو اقر احد الابنين المعروفين بامرأة انها زوجة ابيهما وكذبه الآخر اخذت تسعي ما في يده عندنا وعند مالك وابن ابي ليلى لها ثمن ما في يده لان في زعم المقر ان للمرأة ثمن ما في يدي الابنين الا ان اقراره صح في ما في يد نفسه ولم يصح في حق صاحبه واذا صح في حق نفسه يعطيها ثمن ما في يده ونحن نقول ان في زعم المقر ان التركة بينهم على ستة عشر سهما للزوجة سهمان ولكل ابن سبعة اسهم فلما اخذ اخوه اكثر من حقه في زعمهما صار ذلك كالهالك فيقسم النصف الذي في يد المقر بينه وبينها على قدر حقهما فيجعل ما يحصل للمقر وهو سبعة على تسعة اسهم فتضرب هي بقدر حقها وهو سهمان ويضرب المقر بقدر حقه وهو سبعة اسهم كذا في التبيين والبدائع والايضاح ثم اعلم انه لا يثبت النسب في حق الميراث باقرار وارث واحد وانما يثبت باقرار رجلين او رجل وامرأتين من الورثة وقال ابو يوسف رح والحسن والشافعي يحكم به بحق الميراث يثبت النسب بقوله وان كان واحدا والاول اصح اعتبار الاقرار بالشهادة كذا ذكره الزاهدي في شرح مختصر القدوري نقلا عن شرح

قال ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقر احدهما ان اباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر خمسون لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور

الا قطع وتوضيحه ما ذكره صاحب البدائع من ان الاقرار بنحو الاخوة اقرار على غيره لما فيه من حمل نسب غيره على غيره فكان شهادة وشهادة الفرد غير مقبولة بخلاف ما اذا كان اثنين فصاعدا لان شهادة رجلين او رجل وامرأتين في النسب مقبولة قال اي محمد رحمه الله في الجامع الصغير ومن مات وترك ابنين وله اي للميت على آخر مائة درهم فاقر احدهما اي احد الابنين ان اباه قبض منها اي من المائة خمسين منها لا شيء للمقر اي لا شيء من المائة للابن المقر وللآخر اي وللابن الآخر خمسون منها يعني كان للابن الآخر ان يأخذ الخمسين من الغريم بعد ان يحلف بالله ما يعلم ان اباه قبض منه المائة لان هذا اي لان اقرار احد الابنين بما ذكر اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء اي استيفاء الدين بقبض مضمون لما ان الديون تقضى بامثالها فيجب للمديون على صاحب الدين مثل ما لصاحب الدين عليه فيلتقيان قصاصا واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة فاذا كذبه اي كذب المقر اخوه استغرق الدين نصيبه اي نصيب المقر كما هو المذهب عندنا احتراز عن قول ابن ابي ليلى فان عنده ما كان الدين على الغير بسبب الاقرار يختص عندنا بنصيب المقر وعند ابن ابي ليلى يشيع في النصيبين كذا في اكثر الشروح وقال في الكفاية خلافا للشافعي رح فعنده يشيع في النصيبين وقال في معراج الدراية وبما هو المذهب عندنا قال الشافعي رح في قول واحمد رح يلزمه نصف الدين وهو قياس مذهب مالك رح وبه قال النخعي والحكم والحسن واسحق وابو عبيدة وابو ثور انتهى قال صاحب العناية وعورض بان صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز والجواب ان قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا اقر المقر بقبض خمسين قبل الورثة لم ينتقل على زعمه من الدين الا الخمسون فلم تتحقق القسمة انتهى اقول الجواب المزبور ليس بثابت لان حاصله عدم لزوم قسمة الدين قبل القبض على زعم المقر وزعم المقر انما يؤثر في حق نفسه لا في حق الغير فلا يكفي في المحذور لزوم ذلك على زعم الآخر فان قسمة الدين قبل القبض لا تجوز بالنظر الى كل حد فالاظهر عندي في الجواب ان يقال قسمة الدين قبل القبض انما لا تجوز في القسمة الحقيقية واما في القسمة الحكمية كما نحن فيه فعدم جوازها ممنوع ويؤيده ما صرحوا به في فصل الدين المشترك من كتاب الصلح بان القسمة قبل القبض انما لا تجوز قصدا لا ضمنا فتأمل قال المصنف غاية الامر انهما اي الابنين تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما اي على كون الخمسين الباقي على الغريم الذي يقبضه الابن المنكر مشتركا بين الابن المقر والابن المنكر هذا جواب سؤال مقدر تقريره ان جميع الدين كان مشتركا بينهما فكذلك كل جزء من اجزائه يكون مشتركا بينهما فما هلك يهلك مشتركا والباقي يبقى مشتركا فالابن المنكر لما جحد الهلاك لم ينكر الاشتراك في شيء من اجزائه والابن المقر وان زعم ان بعض اجزائه هالك الا انه لم ينكر الاشتراك فيما بقي بعد الهلاك فهما متصادقان في الاشتراك في الباقي المقبوض فينبغي بذلك ان يكون بينهما نصفين ويرجع المقر على القابض بنصف ما قبضه فاجاب بانهما وان تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لا يرجع على القابض بشيء لعدم الفائدة اذ لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم بقدر ذلك على زعمه ان اباه لم يقبض شيئا من الغريم وله تمام الخمسين بسبب ما بقي ويرجع الغريم ايضا على المقر بقدر ذلك لانتقاض المقاصة في ذلك القدر وبقائه دينا على الميت بموجب اقراره والدين مقدم على الارث فيؤدي الى الدور ولا فائدة فيه وقد قرر صاحب العناية السؤال والجواب ههنا بوجه آخر حيث قال فان قيل زعم المقر معارض بزعم المنكر فان في زعمه ان المقبوض على التركة كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما اجاب بقوله غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع يعني ان المرجح هو ان اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم الفائدة يلزم من الدور انتهى اقول كل واحد من تقريري السؤال والجواب على الوجه الذي ذكره مختل اما تقرير السؤال فلان حديث معارضة زعم المقر لزعم المنكر وترجيح زعم المقر على زعم المنكر مما لا مساس له بكلام المصنف ههنا لانه قال غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ولا شك ان التصادق ينافي التعارض والترجيح فكيف يحمل كلامه على ذلك والعجب ان صاحب العناية ادرج تصادقهما ايضا في اثناء تقرير السؤال وفرع على تعارض زعميهما حيث قال فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ثم طلب المرجح بقوله فما المرجح

كتاب الصلح

لزعم المقر على زعم المنكر ولا يخفى ان فى نفس هذا التقرير تعارضا وتناقضا واما تقرير الجواب فلان المفهوم من قوله يعنى ان المرجع هو ان اعتبار زعم المنكر يؤدى الى عدم الفائدة بلزوم الدور وهو ان لزوم الدور انما يكون باعتبار زعم المنكر دون زعم المقر وليس كذلك بل لزوم الدور انما يكون باعتبار زعم المقر دون زعم المنكر لان رجوع الغريم على المقر بالآخرة انما هو على زعم المقر لانه بان قبض منه الخمسين وانما بقى عليه الخمسون المقبوض واما على زعم المنكر وهو ان اباه لم يقبض منه شيئا فلا يرجع الغريم على المقر بشيء بل يلزمه ان يعطى المقر النصف مثل ما اعطاه المنكر فلا يلزم الدور تدبر بتقيف ثم قال صاحب العناية والقائل ان يقول اذا كان من زعم المنكر ان اباه لم يقبض شيئا كان من زعمه ان اخاه فى اقراره ظالم وهو فيما يقبضه اخوه منه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشيء لان المظلوم لا يظلم غيره والجواب ان المظلوم لا يظلم غيره ولكن فى زعمه ليس فى الرجوع ظلم لانه طالب التمام حقه انتهى اقول فى الجواب نظر لان الخمسين الذى قبضه المنكر من الغريم اولا ان كان تمام حق المنكر لم يكن له حق فى رجوعه على الغريم بعد ذلك طالبا لتمام حقه اذ ليس حقه فى المائة زائدا على الخمسين حتى يكون طالبا لتمامه وان لم يكن المقبوض اولا تمام حقه بل كان بعضه حق اخيه لم يكن هو فيما يقبضه اخوه منه مظلوما وسوق الجواب المزبور على تسليم مظلوميته كما ترى فالحق فى الجواب ان يقال لا نسلم انه اذا كان من زعم المنكر ان اباه لم يقبض شيئا كان فى زعمه انه فيما يقبضه اخوه منه مظلوم كيف وهما متساويان على كون ما قبضه من الغريم اولا بينهما كما تقرر نعم يجوز ان يكون من زعم المنكر ذلك ان اخاه ظالم لنفسه حيث ابطل حقه فى المائة باقراره بان اباه قبض منها الخمسين

كتاب الصلح

قدم مناسبة الصلح بالاقرار فى اول كتاب الاقرار والصلح فى اللغة اسم للمصالحة التى هى المسالمة خلاف المخاصمة واصله من الصلاح وهو استقامة الحال ومعناه دال على حسنه الذاتى وفى الشريعة عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة وسببه تعلق البقاء المقدر بتعاطيه كما فى سائر المعاملات وركنه الايجاب والقبول كذا ذكر فى البدائع والكافى وكثير من الشروح قال صاحب الغاية اخذا من النهاية وركنه الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين واما اذا وقع الدعوى فى الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعى فعلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه لانه اسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الاول لانه طلب البيع من غيره ومن طلب البيع من غيره فقال فعلت لا يتم البيع ما لم يقل الطالب قبلت انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلانه سياتى فى الكتاب ان الصلح اذا وقع على اقرار فان كان عن مال بمال اعتبر فيه ما يعتبر فى المبايعات وان كان عن مال بمنافع اعتبر بالاجارات واذا وقع عن سكوت او انكار كان فى حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفى حق المدعى بمعنى المعاوضة فاذا تقرر هذه الضابطة فلو وقع الدعوى فى الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس وكان وقوع الصلح عن سكوت او انكار وجب ان لا يتم الصلح بقول المدعى فعلت لان كونه اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر فيما اذا وقع عن سكوت او انكار انما هو فى حق المدعى واما فى حق المدعى عليه فانما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة فلا بد من قبوله ايضا حتى يتحقق الافتداء وينقطع الخصومة واما ثانيا فلانه اذا وقع الدعوى فيما يتعين بالتعيين كالدار مثلا فصولح على قطعة منها ولم يذكر البراءة عن دعوى الباقى كان الصلح صحيحا كما سيجئ فينبغى ان يتم هناك ايضا بقول المدعى فعلت بدون قبول المدعى عليه لكونه اسقاطا للدعوى لبعض الحق بمثل ما قال فيما اذا وقع الدعوى فى الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فلا يتم اطلاق قوله والقبول فيما يتعين بالتعيين واما ثالثا فلان قوله لانه طلب البيع من غيره الى آخره فى تعليل قوله بخلاف الاول قاصر عن افادة كلية المدعى وهو ركنية الايجاب والقبول معا فيما يتعين بالتعيين مطلقا فان طلب البيع من غيره لا يتمشى فى كل صورة من الصور الثلث المندرجة فى الضابطة المذكورة للصلح بل انما يتمشى فى صورة واحدة منها وهى اذا كان الصلح عن اقرار وكان عن مال بمال فتامل وشرط مطلق الصلح كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض من الانواع شروط آخر سياتى تفصيلها فى الكتاب وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعى كذا فى الكافى وبعض الشروح وقال فى العناية اخذا من النهاية وحكمه تملك المدعى المصالح عليه منكرا كان الخصم او مقرا ووقوعه للمدعى عليه فى المصالح عنه ان كان مما يحتمل التمليك والبراءة له فى غيره ان كان مقرا وان كان منكرا فحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعى ان احتمل المصالح عنه التمليك او لا انتهى اقول فيه كلام وهو ان المصالح عليه ايضا قد يكون مما لا يحتمل التمليك اثر الدعوى فانهم صرحوا بانه اذا ادعى حقا فى

قال الصلح على ثلثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا

دار رجل ادعى المدعى عليه حقا في ارض بيد المدعى فاصطلحا على ترك الدعوى فانه جائز فجعل حكم الصلح في جانب المصالح عنه قسمين تملك المدعى عليه اياه وبرائته عن دعوى المدعى وفي جانب المصالح عليه قسما واحدا هو تملك المدعى اياه مع جريان احتمال التمليك وعدم احتماله في الجانبين معا مما لا يخلو عن تحكم فان نوقش في المثال المذكور بان كون المصالح عليه ترك الدعوى في ذلك المثال ظاهري مبني على المسامحة وانما المصالح عليه حقيقة في ذلك ادعاء كل واحد منهما من الحق فيما بيد الآخر فانه يقع مصالحا عنه بالنظر الى ذي اليد ومصالحا عليه بالنظر الى الآخر وهو لما يحتمل التمليك قطعا قلنا فماذا يقال فيما اذا ادعى كل واحد منهما على الآخر قصاصا فاصطلحا على ترك الدعوى العفو من الجانبين اذ لا شك انه كما ان ترك الدعوى والعفو مما لا يحتمل التمليك كذلك نفس القصاص مما لا يحتمله فلا يتصور في هذه الصورة تملك المدعي المصالح عليه بل انما يتيسر فيها براءة كل واحد منهما عن دعوى الآخر لقي ههنا كلام آخر وهو انه اذا ادعى رجل دارا وانكر المدعى عليه ودفع المدعى الى ذي اليد شيئا بطريق الصلح واخذ الدار فانه جائز كما سياتي في الشرح في اواخر المسئلة في الفصل السابع من فصول الاستروشني مع انه يملك هناك المدعي المصالح عنه والمدعى عليه المصالح عليه فينتقض ما ذكر من حكم الصلح في احد الجانبين طردا وعكسا فتامل **قوله** الصلح على ثلثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار قال في الغاية الحصر على هذه الانواع ضروري لان الخصم وقت الدعوى اما ان يسكت او يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفي والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لانه سقط بقولنا مجيبا انتهى قول ورد على ظاهره جوابه انه انما يفيد انحصار القسمة الثاني وهو قوله وهو لا يخلو عن النفي ويفيد انحصار تقسيمه الاول وهو قوله ان الخصم وقت الدعوى اما ان يسكت او يتكلم مجيبا اذ يخرج صورة التكلم بما لا يتصل بمحل النزاع عن قسمته معا فيبقى الاعتراض بهذه الصورة على قوله الحصر على هذه الانواع ضروري ويمكن ان يقال المراد بالسكوت في قوله اما ان يسكت او يتكلم مجيبا هو السكوت عن التكلم لا السكوت مطلقا وهو عدم التكلم اصلا فتدخل الصورة المزبورة في اقسام الاول من تقسيمه الاول وهو قوله اما ان يسكت فيصح قوله الحصر على هذه الانواع ضروري وتفسير السكوت في الكتاب بقوله وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر لا يخلو عن ايماء الى ان المراد بالسكوت ههنا هو السكوت عن الجواب دون مطلق السكوت لان معنى مطلق السكوت مع كونه غنيا عن التفسير ليس بما ذكر في الكتاب بل هو ان لا يتكلم اصلا **قوله** وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير تسامح المصنف ههنا في التعبير حيث قال لاطلاق قوله تعالى مع انه لا يذهب عليك ان الدليل على جواز كل ذلك في الحقيقة قوله المطلق لا اطلاق قوله الا انهم كثيرا ما يتسامحون في العبارة في امثال هذا بناء على ظهور المراد وتنبيها على فائدة يفيدها تلك العبارة كما في تعريفهم العلم بحصول صورة الشيء في العقل مع انه في الحقيقة هو الصورة الحاصلة في العقل على ما حققه الفاضل الشريف في بعض تصانيفه قال بعض الفضلاء في حل قول المصنف لاطلاق قوله تعالى اي لقوله المطلق فالاضافة من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف انتهى اقول ليس هذا بسديد اما اولا فلان اضافة الصفة الى الموصوف ليست بجائزة كاضافة الموصوف الى الصفة على ما هو المذهب المختار المقرر في كتب النحو حتى انهم اولوا مثل جرد قطيفة واخلاق ثياب بما يخرجه عن ان يكون من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف في معنى حمل كلام المصنف ههنا على ذلك وأما ثانيا فلان الصفة في القول المطلق هو المطلق لا الاطلاق والكلام في توجيه اطلاق قوله فلا يجدي حديث اضافة الصفة الى الموصوف شيئا بل لا بد من المصير الى المسامحة كما ذكرنا وقال صاحب العناية فان منع الاطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير وكان للعهد اجيب بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب بانه ذكر للتعليل اي لا جناح عليهما ان يصلحا لان الصلح خير فكان عاما ولانه وقع قوله تعالى ان يصلحا في سياق الشرط وكان مستقبلا فقوله والصلح خير كان في الحال فلم يكن اياه بل جنسه انتهى اقول الجواب الاول والثالث من الاجوبة الثلثة ليسا بتامين اما الاول فلان كون الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب لا يجدي شيئا في دفع السوال المذكور لان حاصله منع عموم اللفظ بحمل اللام في قوله تعالى والصلح خير على العهد فانه حينئذ يصير خاصا وانما يجدي نفعا لو سلم عموم اللفظ في نفسه وارتخصيصه بخصوص السبب واما الثالث فلانه ان اراد بقوله والصلح خير كان في الحال ان التكلم بهذا الكلام والاخبار بهذا الخبر كان في الحال اي في حال ورود الآية الكريمة فمسلم لكن هذا لا ينافي ان يكون تحقق مدلوله في الاستقبال الا يرى انه اذا قلت الآن

اذ عند الشافعي رح لا يجوز مع انكار او سكوت لما روينا وهذا بمعنى الصلح الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وهذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب
الامر ولنا ما تلونا واول ما روينا وتأويل آخره احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة

الذي يحدث غدا حينئذ فلا شك ان تكلمك بهذا الكلام واخبارك به كائن في الحال انما تحقق ذلك الامر واتصافه بالخيرية فيكون في المستقبل فلم يتم قوله فلم يكن اثباتا وبل من
وان اراد به ان الصلح الذي اخبر بانه خير كان في الحال فهو ممنوع فالصواب من بين تلك الاجوبة هو الجواب الثاني وهو المذكور في الكافي وفي سائر الشروح خلا
من الاسرار ووجه كون الصلح عاما في قوله تعالى والصلح خير على تقدير ذكر التعليل هو ان العلة لا تتقيد بمحل الحكم الذي علل فيه بل اينما وجدت العلة يتبعها الحكم كذا قالوا
وهو التقرير المناسب لقواعد الاصول واما التقرير المطابق لقواعد المعقول فهو انه يكون حينئذ خارجا مخرج الكبرى من الشكل الاول كانه قيل فان هذا صلح والصلح خير
وكلية الكبرى شرط لانتاج الشكل الاول على ما عرف في الميزان ثم اعترض بعض الفضلاء على هذا الجواب ايضا حيث قال فيه بحث لانه لو كان تعليلا لا بدال الفاء بالواو انتهى اقول
ليس ذلك بشئ لان ذلك الابدال انما يلزم لو كان تعليلا من حيث اللفظ وليس كذلك بل هو تعليل من حيث المعنى وعن هذا قالوا ان الله تعالى اخرجه مخرج التعليل لما سبق
ذكره كانه قال صالحوا لان الصلح خير وقال في غاية البيان هو المفهوم من لسان العرب كما يقال صل الصلوة خير على ان قوله تعالى والصلح خير بمنزلة الكبرى من الدليل
والصغرى مطوية كما اشرنا اليه فيما مر واداة التعليل كاللام والفاء اذا ذكرت انما تدخل على اول الدليل وهو الصغرى دون الكبرى فلا يلزم الابدال ههنا اصلا تدبر ثم قال
صاحب العناية فان قيل سلمناه يعني الاطلاق في قوله تعالى والصلح خير ولكن صرفه الى الكل متعذر لان الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفا على آخر وصلح
من ادعى على امرأة نكاحا فانكرت لا يجوز فيصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار اجيب بان ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه انتهى اقول
يرد على ظاهر قوله وصلح من ادعى على امرأة نكاحا فانكرت لا يجوز انه خبط اذ هو مخالف لصريح ما ذكر في عامة الكتب حتى الهداية والبداية فيما سيأتي وهو انه اذا ادعى رجل على
امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع ثم اقول توجيهه ان عدم الجواز رواية في هذه المسئلة وان كان ظاهر الرواية بخلافها
والسؤال المزبور فيما اوردته الشافعية فهم اخذوا في هذه المسئلة واخواتها بما هو الملائم لمذهبهم والحنفية اجابوا عنه تارة بمنع عدم الجواز في تلك المسائل واخرى بان
ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه فصاحب العناية اكتفى بالثاني ولم يتعرض للمنع واما صاحب غاية البيان فتعرض لهما معا حتى قال
في الجواب ههنا على انا نمنع عدم جواز الصلح في دعوى النكاح عليها اذا انكرته فصالحت على مال لانه يجوز وبه صرح القدوري في مختصره وسيجئ ذلك في فصل عقيب هذا
انتهى وقال في ذلك الفصل هذا الذي ذكره القدوري هو ظاهر الجواب يدل على ذلك ما ذكره في مختصر الكافي وشرحه كذلك فعلى هذا لا يرد علينا سؤال الشافعية في مسئلة
الصلح على الانكار بقولهم اذا ادعى على امرأة نكاحا فانكرت فصالحت على مال لا يجوز ولئن صحت تلك المسئلة كما اوردها في نسخ طريقة الخلاف فالجواب عنه مر في تلك المسئلة انتهى **قوله**
وقال الشافعي رح لا يجوز مع انكار او سكوت لما روينا قلت كان الاظهر ان يقال لاخر ما روينا لان اوله حجة عليه لا له **قوله** ولنا ما تلونا واول ما روينا كرر ذكرهما تاكيدا او توطئة
لقوله وتاويل آخره الى آخره والاكتفى ههنا بيان هذا التاويل مع بيان ان دفع الرشوة لدفع الظلم جائز في الشرع لانه بصدد الجواب عما قاله الشافعي رح والجواب عن تمسكه
بيانهما اقول بقي ههنا اشكال في قوله واول ما روينا وهو ان المفهوم منه ان يكون اول ذلك الحديث دليلا لنا مع قطع النظر عن آخره وهذا ليس بصحيح لان آخره
مستثنى من اوله وقد تقرر في علم اصول الفقه ان المذهب الصحيح المختار عند الائمة الحنفية في الاستثناء ان يتأخر حكم صدر الكلام عن اخراج المستثنى من المستثنى منه فلا يكون لاول الكلام
في صورة الاستثناء حكم مستقل بدون آخره بل لا يتم المعنى الا بمجموع المستثنى والمستثنى منه ويمكن ان يوجه بان قوله وتاويل آخره احل حراما لعينه الى آخره متصل من حيث المعنى
بقوله واول ما روينا في اصل الكلام فان لنا اول ما روينا مع تاويل آخره فالدليل مجموع الحديث بملاحظة هذا التاويل لكن الانصاف ان لفظة اول ههنا مع كونها زائدة
لا فائدة لها موهمة لما يخل بالكلام غير ملائم للمقام كما نبهنا عليه فالاولى ان تطرح من البين **قوله** وتاويل آخره احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة وحمله
على هذا الحق لان الحرام المطلق ما هو حرام لعينه والحلال المطلق ما هو حلال لعينه وما ذكره غير محتمل في الصلح مع الاقرار لا محالة عن ذلك فان الصلح يقع على بعض الحق في العادة

فحاصل ان

ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لان المدعى ياخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع ايضا اذ المال وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز قال (فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال) لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما فيجري فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويفسده جهالة البدل لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل (وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات) لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة لانه اجارة

فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعى اخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح وقد حل بالصلح كذا في الكافي وقال صاحب العناية في شرح هذا المحل والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به اصلا وذلك لانه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعى اخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا ان المراد به ما كان حلالا او حراما لعينه انتهى اقول في تقريره خلل اذ لا معنى لقوله لانه لو حمل على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الكلام في حمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة لا في حمله على الصلح على الاقرار خاصة اذ لا فرق بين الصلح على الاقرار والصلح على غيره في الصحة على تقدير ان يحمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة ولا فرق بينهما في عدم الصحة على تقدير ان يحمل آخره على ما يعم الحرام لغير عينه والحلال لغير عينه ايضا فمدار التاويل والحمل في آخر الحديث انما هو لفظا الحرام والحلال دون لفظ الصلح فالحق في التقرير ان يقال لانه لو حمل على ما يعم الحرام والحلال لعينهما ولغير عينهما لكان الصلح على الاقرار كالصلح على غيره في الاشتمال على تحليل الحلال وتحريم الحرام ثم ان بعض الفضلاء اورد على قوله لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق بان قال هذا مختص بالدين لظهور عدم جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به اذ لا يجوز الصلح على بعض الحق في العين الا بالابراء عن دعوى الباقي كما سيجيء انتهى اقول هذا كلام خال عن التحصيل اذ لا يلزم من عدم جواز الصلح على بعض الحق في العين الا بالابراء عن دعوى الباقي عدم جوازه على بعض الحق في الحق اصلا غاية الامر ان يكون جواز الصلح على بعض الحق في العين مشروطا بالابراء عن دعوى الباقي على انه ليس كذلك ايضا اذ يجوز الصلح على بعض الحق في العين بطريق آخر وهو ان يزيد درهما في بدل الصلح وسياتي كلا الطريقين في الكتاب وعلى كليهما يجري قوله لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق في العين ايضا قوله ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه الى قوله ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز هذا دليل عقلي على ما ذهب اليه ائمتنا من جواز الصلح مع انكار وسكوت ايضا متضمن للجواب عن دليل عقلي للشافعي مذكور فيما قبل وهو قوله ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة قال الشراح لا يقال لا نسلم جواز دفع الرشوة لدفع الظلم لان قول النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرتشي عام لانا نقول هذا الحديث محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض في امر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى اذا اخرج الوالي الى احد الورثة عن الارث واما دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه ان المعتبر هو عموم اللفظ واما الدليل على انه محمول على ما ذكر غير مجرى على عمومه انتهى اقول الدليل عليه ما ورد من النصوص في ان الضرورات تبيح المحظورات منها قوله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج ولا شك ان في دفع الضرر عن نفسه دفع الحرج

قوله فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما اعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال الى آخره هذا لفظ القدوري في مختصره ولما كان الاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه كما صرحوا به اراد ان يبين ضابطة يعرف بها انه على اي عقد يحمل اقول ليست هذه الضابطة تامة لان الصلح عن اقرار قد يقع عن منافع بمال او بمنفعة كما اذا اوصى لرجل بسكنى داره سنة فمات وادعى الموصى له السكنى فصالحه الورثة عن ذلك على دراهم معينة او على خدمة عبد شهرا او على ركوب دابة شهرا فان كل ذلك جائز على ما صرحوا به في اول الفصل الآتي مع انه لم يذكر في هذه الضابطة وان كان في معنى عقد الاجارة وكذا يقع عما ليس بمال ولا منفعة كالصلح عن جناية العمد فانه جائز وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا ايضا كما سياتي في الكتاب مع انه ليس بمذكور ايضا في هاتيك الضابطة وليس في معنى عقد البيع ولا في معنى عقد الاجارة بل هو في معنى عقد النكاح فلم يفهم من هذه الضابطة المذكورة قط وكذا يقع الصلح عن دعوى الرق بمال فيكون في معنى الاعتاق على مال وعن دعوى الزوج النكاح بمال فيكون في معنى الخلع وليس شيء منها بداخل ايضا في الضابطة المذكورة ولا مفهوم منها اصلا فكانت قاصرة عن تمام افادة المراد لا يقال يستغنى عن ذكر تلك الصور ههنا بما ذكر في الفصل الآتي عن قريب لانا نقول قد ذكر هناك ما ذكره ههنا ايضا بان قال والصلح جائز عن دعوى الاموال والمنافع فلا يتم العذر

قال والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي لمعنى المعاوضة لما بينا ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك قال واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة قال معناه اذا كان عن انكار او سكوت لانه يأخذها على اصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لان المدعي يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه قال واذا كان الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكمه في الاستحقاق هذا وان وقع الصلح عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين ان لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار او سكوت رجع الى الدعوى في كله او بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل فيه هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيئا حيث يرجع بالمدعى لان الاقدام على البيع اقرار منه بالحق له ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين قال وان ادعى حقا في دار لم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعرى العوض عند ذلك عن شيء يقابله فيرجع بكله على ما قدمناه في البيوع ولو ادعى دارا فصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه فيه احد الامرين اما ان يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي

فصل والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه في معنى البيع على ما مر والمنافع لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح

ثم ان كون الصلح عن اقرار في معنى البيع اذا وقع عن مال بمال انما هو فيما اذا وقع على خلاف جنس المدعى واما فيما اذا وقع على جنسه فان كان باقل من المدعى فهو حط وابراء وان كان بمثله فهو قبض واستيفاء وان كان باكثر منه فهو فضل وربوا صرح به في التبيين وغيره **قوله** والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا اشارة الى ما ذكره بقوله لان المدعي يأخذ عوضا عن حقه في زعمه اقول ههنا كلام وهو ان كون الصلح عن السكوت والانكار في حق المدعي مطلقا بمعنى المعاوضة ممنوع فانه اذا ادعى عينا وانكر المدعى عليه او سكت ودفع المدعي الى المدعى عليه شيئا بطريق الصلح واخذ العين كان ذلك الصلح جائزا على ما صرحوا به مع انه في حق المدعي ليس بمعنى المعاوضة لان في زعم المدعي ان العين الذي ادعاه حقه ولا يتصور ان يعاوض الانسان ملك نفسه بل هو في حق المدعي في تلك الصورة لقطع الخصومة كما صرحوا به ايضا لدفع **قوله** او يلحق به ذكر البراءة من دعوى الباقي قال صاحب النهاية فان قلت كيف صورة البراءة قلت هي ان يقول قد برئت من هذه الدار او يقول قد برئت من دعواي في هذه الدار فهذا جائز حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لا تقبل اما لو قال برأتك عن هذه الدار او قال قد ابرأتك عن خصومتي في هذه الدار فهذا وامثاله باطل وله ان يخاصم فيها بعد ذلك والفرق بين قوله برئت وبين قوله ابرأتك فان في قوله ابرأتك انما ابرأه عن ضمانه لا من الدعوى وعن هذا قالوا ان عبدا في يد رجل لو قال الرجل برئت منه كان بريئا منه ولو قال ابرأتك منه كان له ان يدعيه انما ابرأه عن ضمانه كذا في الذخيرة الى هنا كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان بيان صورة البراءة بقوله برئت من هذه الدار مع كونه غير مطابق للمشروح وهو قول المصنف او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي يدل على صحة البراءة من العين وليس كذلك لان مدار عموم صحة الصلح على بعض المدعى في العين بدون الحيلة في تصحيحه باحد الامرين انما هو عدم صحة البراءة من العين والاصح الصلح عن ذلك بان كان استيفاء لبعض الحق واسقاطا للبعض الباقي كما في الصلح على بعض المدعى في الدين فالصورة الصحيحة المطابقة للمشروح انما هو قوله برئت من دعواي في هذه الدار واما ثانيا فلان قوله فان في قوله ابرأتك انما ابرأه من ضمانه لا من الدعوى انما يمشي في قوله ابرأتك عن هذه الدار لا في قوله ابرأتك عن خصومتي لان الابراء من الخصومة هو الابراء من الدعوى وقد صرح بان قوله ابرأتك عن خصومتي في هذه الدار باطل ايضا بخلاف ما قالوا في عبد في يد رجل فان المذكور هناك في جانب الابراء انما هو قول الآخر ابرأتك منه لا غير تبصر

فصل لما فرغ من مقدمات الصلح وشرائطه وانواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز **قوله** والصلح جائز عن دعوى الاموال هذا لفظ القدوري في مختصره وقال المصنف في تعليله لانه في معنى البيع على ما مر اقول ههنا شيء وهو ان قول القدوري والصلح جائز عن دعوى الاموال مطلق يتناول الصلح عن مال بمال والصلح عن مال بمنفعة فان اجري على اطلاقه كما هو الظاهر لم يتم تعليل المصنف رح بقوله لانه في معنى البيع على ما مر لظهور ان الصلح عن مال بمنفعة ليس في معنى البيع بل هو في معنى الاجارة كما صرح به فيما مر وان قيد بما كان عن مال بمال كما فعله صاحب العناية لزم ان لا يندرج ما كان عن مال بمنفعة في هذا الفصل مع انه معقود لبيان انواع ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز فكان التقصير امن التقييد بالضرورة لا يقال انما ترك ذلك النوع في هذا الفصل بناء على كونه معلوما فيما مر لانا نقول ينتقض ذلك بما كان عن مال بمال فانه ايضا كان معلوما فيما مر **قوله** والمنافع بالجر عطف على الاموال اي وعن دعوى المنافع وهو من تمام لفظ القدوري قال المصنف رح في تعليله لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح اقول لقائل ان يقول يشكل هذا التعليل بما ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد في باب الصلح في الوصايا حيث قال واذا اوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم او على سكنى بيت او على خدمة عبد آخر او على ركوب دابة او على لبس ثوب شهرا فهو جائز والقياس ان لا يجوز لان الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تمليك المنفعة من احد ببدل ولهذا الوجه منهم لا يصح الا انا نقول بان هذا ليس بتمليك اياهم ببدل بل هو اسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية ببدل ولفظة الصلح تحتمل التمليك

والاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقد ما امكن **قال** ويصح عن جناية العمد والخطأ اما الاول فلقوله تعالى
فمن عفي له من اخيه شيء فاتباع الآية قال ابن عباس رضي الله عنهما انها نزلت في الصلح وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح بدلا ههنا اذ كل واحد
منهما مبادلة المال بغير المال الا ان عند فساد التسمية ههنا يصار الى الدية لانها موجب الدم ولو صالح على خمر لا يجب شيء لانه لا يجب بمطلق العفو و
في النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه الموجب الاصلي ويجب مع السكوت عنه حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس وما دونها وهذا
بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك اما القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض
عنه، واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لانه تبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة
حتى لا يجب المال بالصلح عنه غير ان في بطلان الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه

التمليك وتحمل الاسقاط فان لم يمكن تصحيحه تمليكا امكن تصحيحه اسقاطا فصححناه اسقاطا وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم بالشرط الى هنا كلامه فان الموصى له اذا لم يقدر
على تمليك المنفعة الموصى بها من احد لم يصح تعليل جواز الصلح عن تلك المنفعة بان المنافع تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح ثم اقول يمكن ان يقال ان الموصى له
وان لم يقدر على تمليك المنفعة الموصى بها حقيقة الا انه يقدر على تمليكها حكما من حيث انه يقدر على اسقاطها ببدل وقد اشار اليه الامام الاسبيجابي بقوله
وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم فمعنى تعليل المصنف ان جنس المنافع تملك حقيقة بعقد الاجارة كما اذا اجر ملكه وكذا يملك حكما بالصلح كما اذا صالح عن المنفعة
الموصى بها فعلى هذا يحصل التوفيق بين كلامي الشيخين قال الامام النسفي في الكافي الصلح جائز عن دعوى المنافع بان ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار
فجحده او اقر به وصالحه الوارث على شيء جاز لانه جاز اخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصلح انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا ونقل ما ذكره الامام الاسبيجابي
في شرح الكافي للحاكم الشهيد على ما مر وانت خبير بما بين ما نقل من الامام الاسبيجابي والكافي من المخالفة ولعل في جواز الاجارة روايتين فليتأمل انتهى اقول
لا مخالفة بينهما في الفهم الا في المفهوم لان مراد صاحب الكافي هو انه جاز اخذ العوض عن جنس المنافع بالاجارة كما اذا آجر ملكه فكذا جاز اخذ العوض عن جنس
المنافع بالاجارة بالصلح كما اذا صالح عن المنفعة الموصى بها كسكنى دار سنة مثلا وليس مراده انه كما جاز اخذ العوض عن منفعة معينة هي سكنى دار سنة وصية من
رب الدار بالاجارة كذلك جاز اخذ العوض عن تلك المنفعة بالصلح عنها حتى يلزم المخالفة ثم اقول بقي ههنا كلام وهو ان ما ذكره الامام الاسبيجابي
في شرح الكافي من انه اذا اوصى الرجل لرجل بخدمة عبد سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم او على سكنى بيت او على خدمة عبد
آخر او على ركوب دابة او على لبس ثوب شهرا فهو جائز وما ذكره صاحب النهاية نقلا عن المغني من انه اذا اوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج
من ثلث ماله فصالحه الوارث من الخدمة على دراهم جاز وكذلك لو صالحه على خدمة عبد آخر يجوز ايضا وكذلك لو صالحه على ركوب دابة شهرا او لبس ثوب
شهرا فهو جائز انتهى مخالف لما ذكر في كثير من الكتب المعتبرة فان مدلولهما جواز الصلح عن المنفعة على المنفعة وان اتحد جنس المنفعتين حيث جوز فيهما مصالحة
الوارث عن خدمة عبد على خدمة عبد آخر والمصرح به في كثير من المعتبرات عدم جواز الصلح عند اتحاد جنس المنفعة قال في البدائع فان كان المنفعتان من
جنسين مختلفين كما اذا صالح من سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالاجماع وان كانتا من جنس واحد لا يجوز عندنا وموضع المسألة كتاب الاجارات واذا اعتبر
الصلح على المنافع اجارة يصح بما يصح به الاجارات ويفسد بما تفسد به الاجارات انتهى وقال في التبيين انما يجوز عن المنافع على المنفعة اذا كانتا مختلفتي الجنس
بان يصالح عن السكنى على خدمة العبد او زراعة الارض او لبس الثياب اما اذا اتحد جنسهما كما اذا صالح عن السكنى على السكنى او عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز
فتدبر لانه لا يجوز استئجار المنفعة بجنسها فكذا الصلح وعند اختلاف الجنس يجوز استئجارها بالمنفعة فكذا الصلح انتهى الى غير ذلك من المعتبرات فليلزم **قوله** والاصل ان
الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما امكن اقول لقائل ان يقول قد يقع الصلح على مجرد ترك الدعوى من الجانبين
ويجوز كما صرحوا به فامكن حمل مثله على شيء من العقود غير ظاهر سيما اذا وقع عن ترك دعوى جناية العمد من الجانبين فتامل **قوله** وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح
مسمى فيه صلح بدلا ههنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال قال الشراح في شرح قوله حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا ولا ينعكس هذا اي لا يقال كل ما صلح
بدلا في الصلح يصلح مسمى في النكاح فان هذا العكس غير لازم ولا ملتزم لان الصلح عن دم العمد على اقل من عشرة دراهم صحيح وان لم يصلح ما دون العشرة
صداقا ولانه لو صالح من عليه القصاص على ان يعفو عن قصاص له على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص صداقا لان كون الصداق مالا منصوص
عليه بقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك ليكتفي بكون العوض فيه متقوما والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز

[illegible]

ان يقع عوضا عن قصاص آخر انتهى كلامهم اقول ههنا اشكال وهو انه اذا صح ان يكون بدل المال في جناية العمد ما ليس بمال كالعفو عن القصاص لزم ان لا يصح قول المصنف رح اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال لان الصلح عن جناية العمد في صورة ان صالح من عليه القصاص على العفو عن قصاص له على آخر ليس بمبادلة المال بغير المال بل هو هناك مبادلة غير المال بغير المال كما لا يخفى وقال الشراح تفريعا على قول المصنف رح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا فلو صالح عن دم العمد على سكنى دار او خدمة عبد سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صداقا فكذا بدلا في الصلح ولو صالحه على ذلك ابدا او على ما في البطن او على ثمرة نخلة سنين معلومة لم يجز لانه لم يصلح صداقا فكذا بدلا في الصلح انتهى اقول فيه بحث لان تعليلهم عدم جواز الصلح عن دم العمد على الاشياء المذكورة بقولهم لانه لم يصلح صداقا فكذا بدلا في الصلح ينافي قولهم بان العكس ههنا غير لازم ولا ملتزم فان صحة التعليل بما ذكروا يبتني على لزوم العكس والتزامه فالصواب تعليل عدم جواز الصلح في تلك الصور بجهالة المصالح عليه من غير تعرض لان لا يصلح صداقا فان جهالته تفسد الصلح فيما احتيج فيه الى التسليم والتسلم كما تقرر فيما مر وقال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب العناية ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو ملتزم لكن قال في المحيط اذا صالحه على وصيف عن دم العمد فهو جائز والاصل في جنس هذه المسائل ان ما صلح مهرا في النكاح صلح بدلا في الصلح عن دم العمد فهو جائز وما لا فلا والوصيف يصلح مهرا في النكاح وينصرف مطلقه الى الوسط فكذا يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف الى الوسط انتهى والمقصود قوله وما لا فلا فانه نص فيه مخالفة اخرى حيث قال عند فساد التسمية يصار الى الدية الى ههنا كلام ذلك البعض اقول لا مخالفة فيه لقوله عند فساد التسمية يصار الى الدية اذ لا فساد في التسمية فيما قاله صاحب المحيط لان فساد التسمية بجهالة فاحشة وليس في الوصيف جهالة فاحشة سيما اذ انصرف مطلقه الى الوسط كما صرح به ولهذا يصلح به مهرا في النكاح وهذا امر لا ستر به **قوله** واما الثاني وهو جناية الخطاء فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع اقول فيه شيء وهو انهم صرحوا بان الصلح اذا كان على جنس ما استحقه المدعي على المدعى عليه لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه وسياتي ذلك في الكتاب ايضا في باب الصلح في الدين ولا يخفى ان الصلح عن جناية الخطاء اذا كان على احد مقادير الدية مطلقا قبل ان يقضي القاضي باحد منها بعينه او كان على جنس ما قضى القاضي به بعد ان قضى باحد مقاديرها بعينه كان من ذلك القبيل فلم يتم اطلاق قوله فيصير بمنزلة البيع فتامل **قوله** وجه الاول ان يجعل زيادة في مهرها اي ان يجعل كانه زاد في مهرها ثم خالعها على اصل المهر دون الزيادة فسقط الاصل دون الزيادة كذا في الكافي وكثير من الشروح قال صاحب غاية البيان وفيه نظر عندي لانه ضعيف جدا لان الكلام في دعوى النكاح وصلح الرجل عنه على مال والصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال فكيف يكون ذلك زيادة في المهر انتهى اقول هذا كلام خال عن التحصيل فان كون الصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال لا ينافي كون ذلك زيادة في المهر بل يقتضيه لان ترك النكاح بلا فرقة مما لا يتصور شرعا فلا بد ان يجعل ترك النكاح بمال فرقة بمال وهي الخلع ولما جعل خلعا سقط اصل المهر فلا بد ان يجعل ما بدله لها زيادة في المهر وهذا وجه لا غبار عليه **قوله** فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة اذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة وانما الفرقة هي التي تسلم لها نفسها وتتخلص عن الزوج كذا في الكافي وكثير من الشروح اقول لمانع ان يمنع قولهم اذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة فانه يسلم له منها اصل المهر اذ لولا هذه الفرقة للزمه مهرها عند اثباتها النكاح فيجاز ان يعطي الزوج العوض ليسلم له اصل المهر في ضمن ما يتيك الفرقة التي هي في معنى الخلع فان قلت يجوز ان يكون مراد المصنف بقوله فالزوج لا يعطي العوض بناء على وقوع هذه الفرقة من جانب المرأة كما يشعر به تقرير تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال يعني ان هذا الصلح ان جعل في هذه الفرقة فلا عوض في الفرقة من جانبها على الزوج كالمرأة اذا مكنت ابن زوجها لا يجب عليه شيء انتهى وليشير اليه قول صاحب العناية

او حقه فى مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة **قال** واذا كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الآخر على اكثر من نصف قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلما بينا والفرق لابى حنيفة رح ان القيمة فى العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضى فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه على عروض جاز لما بينا انه لا يظهر الفضل

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه الا ان يضمنه

فان حين ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج فى الفرقة كما اذا امكنت ابن زوجها انتهى فما ذا حال هذا المعنى فات يرد عليه ايضا ان يقال وقوع الفرقة من جانب المرأة انما يمنع اعطاء الزوج العوض لو كانت هى مستقلة فى مباشرة سبب الفرقة كما اذا امكنت ابن زوجها واما اذا كانت مباشرتها السبب الفرقة رأى الزوج ورضاه كما فيما نحن فيه اذ كان تركها دعوى النكاح فيه بطلب الزوج ورضاه حيث تصالحا عنه على مال بذله لها فلا نسلم ان وقوع الفرقة من جانب المرأة فى مثل ذلك تمنع اعطاء الزوج العوض الا يرى انه لو قال رجل لامرأته طلقى نفسك او قال لها اختارى ينوى بذلك الطلاق فلها ان تطلق نفسها ما دامت فى مجلسها ذلك فان طلقت نفسها فى ذلك المجلس لزمه مهرها قطعا فلم يكن وقوع الفرقة من جانبها هناك مانعا عن وجوب المهر على الزوج كما كان مانعا عنه فيما اذا امكنت ابن زوجها فكذا ههنا لا يكون وقوعها من جانبها مانعا عن لزوم اعطاء الزوج العوض فتدبر **قوله** او حقه فى مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء الى آخره قال صاحب العناية وفى كلام المصنف رح تسامح لانه وضع المسئلة فى القيمى وذكر فى الدليل المثلى فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو فى المثليات لا ما يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثل فحينئذ يصار اليها انتهى كلامه اقول قد غلط فى استخراج هذا المقام فحمل كلام المصنف رح على التسامح ومنشأ ذلك انه زعم ان مراد المصنف رح بالحق فى قوله او حقه فى مثله صورة ومعنى هو حق الاخذ وهذا غير متصور فى القيميات لان اخذ المثل فرع وجوده ووجود المثل صورة ومعنى انما يتصور فى المثليات وليس مراد المصنف رح بذلك قطعا بل انما مراده به حق تعلق الملك بجهة ان الواجب فى ذمة الغاصب حقا للمالك مثل لها لك صورة ومعنى وهذا الحق يتصور فى القيميات ايضا وان لم يتصور حق الاخذ الا فى المثليات لان وجوب القيميات فى الذمة ممكن كالحيوان والثوب فى النكاح والدية وغيرهما على ما صرحوا به ومما يفصح عما قلنا ما ذكر فى الذخيرة ونقل عنها فى النهاية بان قال والوجه لابى حنيفة رحمه الله ان هذا الاعتياض عن الثوب والحيوان حكما فيجوز بالغا ما بلغ كالاعتياض عن الثوب القائم والحيوان القائم حقيقة وانما قلنا ان هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكما لان الواجب فى رقبة الغاصب حقا للمالك مثل الحيوان والثوب من جنسه لانه ضمان عدوان فيكون متقيدا بالمثل والمثل من كل وجه هو المثل صورة ومعنى ولهذا كان الواجب من جنسه فى غير الثوب والحيوان نحو المكيلات والموزونات وايجاب الحيوان والثوب فى الذمة ممكن كما فى النكاح والدية الا عند الاخذ فيصار الى القيمة ضرورة ان اخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن الا بسابقة التقويم والاخذ والدافع لا يعرفان ذلك حقيقة لما فيه من التفاوت الفاحش ولا ضرورة فى الوجوب لان الوجوب بايجاب الله تعالى والله تعالى اعلم بذلك فصح ما ادعينا ان هذا اعتياض عن الثوب والحيوان فيجوز كيف ما كان انتهى والعجب من صاحب العناية انه بعد ما نظر الى النهاية وسائر المعتبرات واطلع على ما فيها كيف وقع فى تلك الورطة ثم قال صاحب العناية ويمكن ان يجاب عنه بانه فعل ذلك اشارة الى ان المثلى اذا انقطع حكمه كالقيمى لا ينتقل فيه الى القيمة الا بالقضاء فقبله ان تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة انتهى اقول عذره اقبح من ذنبه لان المصنف رح ههنا ليس بصدد بيان المسئلة حتى يفيد بالاشارة الى اشتراك المسئلتين فى الحكم شيئا بل هو ههنا فى مقام الاستدلال على قول ابى حنيفة رح فى الصلح عن الثوب المستهلك على اكثر من قيمته فان لم يفد الدليل الذى ذكره بناء على كون المدعى فى القيمى وكون الدليل مخصوصا بالمثلى كما زعمه لا يتم المطلوب فيختل الكلام لعدم تمامية الدليل حتى المقام ولا تجدى الاشارة الى امر اجنبى عن المدعى نفعا كما لا يخفى

باب التبرع بالصلح والتوكيل به قال صاحب النهاية لما كان تصرف المرء لنفسه اصلا قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لما ان الانسان فى العمل لغيره متبرع واقتفى اثره صاحب الغاية وصاحب العناية اقول ان قولهم وهو المراد بالتبرع بالصلح ليس ببعيد اذ لو كان المراد بالتبرع بالصلح ههنا مجرد التصرف لغيره لكان قول المصنف رح والتوكيل به مستدركا لتناول التبرع بالصلح بمعنى مجرد التصرف لغيره ما حصل بالتوكيل به ايضا فالحق عندى ان المراد بالتبرع بالصلح ههنا هو الصلح عن آخر بغير امره وبالتوكيل به هو الصلح عنه بامره وكلتا الصورتين مذكورتان فى هذا الباب فيسلم ما ذكر فى عنوان

[illegible]

باب الصلح في الدين

قال [illegible]

الباب عن الاستدراك لبقي شئ وهو ان التوكيل بالصلح فعل الموكل وهو متصرف فيه لنفسه فلا يتم وجه التقديم الذي ذكره بالنظر الى قول المصنف رح في العنوان والتوكيل به والجواب ان التوكيل المذكور في العنوان مصدر من المبني للمفعول فيرجع الى معنى التوكيل وهو بعيد التغير فان قلت فلم لم يقل والتوكل بدل قوله والتوكيل حتى لا يحتاج الى البيان بانه مصدر من المبني للمفعول قلت فائدة التعبير عن التوكل بالتوكيل هي الايماء الى ان المراد التوكل الحاصل بالتوكيل من الموكل بامر الغير الذي هو الموكل لا المباشرة بنفسه بدون امر الغير وهو التبرع بالصلح فيندفع به توهم الاستدراك تامل فانه معنى لطيف **قوله** والمال لازم للموكل قال صاحب النهاية ومعراج الدراية وفي شرح الاقطع والمال لازم على الموكل انتهى وقال صاحب غاية البيان واللام في للموكل بمعنى على كما في قوله تعالى وان اسأتم فلها اي فعليها انتهى واقتفى اثره صاحب العناية حيث قال والمال لازم للموكل اي على الموكل كما في قوله تعالى وان اسأتم فلها اي فعليها انتهى اقول لا وجه لجعل اللام في قوله المال لازم للموكل على معنى على لان للموكل متعلق بلازم وكلمة اللزوم تتعدى بنفسها او بالباء يقال لزمه ولزم به ولا يتعدى بعلى فلو جعل اللام فيه بمعنى على لزم تعدية اللزوم بعلى ولم يسمع قط والصحيح ان تبقى اللام في عبارة الكتاب على حالها ويكون اقحامها للتقوية اصل المعنى والمال يلزم الموكل وادخال اللام على معمول اسم الفاعل من الافعال المتعدية بانفسها لتقوية العمل شائع في كلام العرب بخلاف قوله تعالى وان اسأتم فلها لان اللام في فلها هناك متعلق بمقدر كما لا يخفى فيجوز ان يقدر الصلح ان تكون كلمة على صلة له فلا ضير في ان يجعل اللام هناك بمعنى على تامل تقف **قوله** تاويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين الى آخره قال صاحب النهاية وهذا الذي ذكره من التاويل لا يكفي لتاويل المسئلة فان فيه قيدا آخر وهو انه اذا كان الصلح على الانكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل من شئ وان كان الصلح في المعاوضات لانه ذكر في المبسوط في باب الصلح في العقار ولو ادعى رجل في دار رجل حقا فصالحه عنه آخر بامره او بغير امره الى ان قال ولا يجب المال على المصالح الا ان يضمنه للذي صالحه لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل وما هو عن القصاص بمال وذلك جائز مع الاجنبي كما يجوز مع الخصم انتهى واقتفى اثره كثير من الشراح في ان ما ذكره المصنف رح لا يكفي لتاويل المسئلة بل لا بد فيه من قيد آخر وهو ان لا يكون الصلح في المعاوضات على الانكار اقول يمكن ان يقال يستغنى عنه بما ذكره المصنف رح فان قوله اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل من تتمة تاويله ومقصوده منه تعميم جواب المسئلة لكل ما لم يكن الصلح عن مال بمال بطريق المفهوم كانه قال وفيما سوى ذلك لا يرجع الحقوق الى الوكيل بل تلزم الموكل كما ذكر في جواب المسئلة وفائدة التنبيه على ان ما ذكره في ابتداء التاويل من الصلح عن دم العمد والصلح على بعض ما يدعيه من الدين انما هو بطريق التمثيل لا بطريق تخصيص جواب المسئلة بذلك فان تخصيصه بذلك ليس بصحيح لجريانه قطعا في غير ذلك كالصلح عن جناية العمد فيما دون النفس والصلح عن كل عقد يكون الوكيل فيه سفيرا محضا كالنكاح والخلع وغيرهما واذ قد تقرر هذا فقد فهم دخول الصلح على الانكار في جواب هاتيك المسئلة وان كان الصلح في المعاوضات اذ قد تحقق فيما مر ان الصلح على الانكار في حق المدعى عليه انما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة وانما هو معاوضة في حق المدعي وانه يجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما فلم يكن الصلح على الانكار في حق المدعى عليه وان كان الصلح في المعاوضات صلحا عن مال بمال وقد اشار اليه في المبسوط بقوله لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال ولا يخفى ان ما نحن فيه هو الوكالة من قبل المدعى عليه فتم الجواب بدون الاحتياج الى التصريح بقيد آخر فتفكر

باب الصلح في الدين

قوله وكل شئ وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه اقول فيه كلام وهو ان كلية ذلك بالنظر الى قوله لم يحمل على المعاوضة مسلمة واما بالنظر الى قوله وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه فممنوعة

وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى وللبعض والصفة في الثانية ولو صالح على الف مؤجلة جاز لانه اجل نفس الحق لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التاخير ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التاخير ولا وجه سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نساء لا يجوز فلم يصح الصلح **قال** ولو كانت له الف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام وان كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا بخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس ولو كان له الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة او الى شهر صح الصلح لانه امكن ان يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة وتاجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد او لان معنى الاسقاط فيه الزم **قال** ومن له على آخر الف درهم فقال ادّ الي غدا منها خمسمائة على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يعود عليه لانه ابراء مطلق الا ترى انه جعل اداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود كما اذا بدأ بالابراء ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدأ باداء الخمسمائة في الغد وانه يصلح غرضا حذار افلاسه وتوسلا الى تجارة اربح منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي تحتمل الشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا لتصرفه

لان ما وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة اذا كان على مثل حقه قدرا او وصفا كما اذا كان عليه الف درهم جياد وصالح عن ذلك على الف درهم جياد يحمل على استيفاء عين حقه صرح به في كثير من المعتبرات كالبدائع والتحفة وغيرهما وليس فيه اسقاط شيء قط وعن هذا قال في الوقاية وصلحه على بعض من جنس ما له عليه اخذ لبعض حقه وحط لباقيه لا معاوضة انتهى ويمكن ان يعتذر عما في الكتاب بانه خارج مخرج العادة فان المعتاد ان يكون الصلح على اقل من مثله بناء على عدم الفائدة في عقد الصلح على مثل المدعى قال صاحب النهاية وههنا ينبغي ان نزاد في لفظ الرواية قيدا آخر وهو ان يقال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة ولا يمكن حمله على بيع الصرف لم يحمل على المعاوضة وانما قلنا ذلك لانه اذا امكن حمله على بيع الصرف يحمل على بيع الصرف وهو معاوضة وان كان من جنس ما هو مستحق بعقد المداينة فبعد ذلك ينظر ان كان موجلا يبطل الصلح والا فلا الا يرى انه لو كان عليه الف درهم سود حالة فصالحه على الف درهم بخية الى اجل لا يجوز والبخية اسم لما هو اجود من السود ولكن كل منهما من جنس الدراهم وانما لم يجز في هذه الصورة لان هذه مصارفة الى اجل والصرف الى اجل باطل انتهى كلامه اقول فيه بحث لان قوله في رواية الكتاب وهو مستحق بعقد المداينة يخرج ما يمكن حمله على بيع الصرف فان ما يمكن حمله على بيع الصرف عند اهل الشرع مما وقع عليه الصلح ليس مما هو مستحق بعقد المداينة وما هو مستحق بعقد المداينة ليس مما يمكن حمله على بيع الصرف عندهم يشهد بذلك كله الامثلة المذكورة في المسائل الآتية في الكتاب وادلتها المفصلة فيه واما المثال الذي ذكره بقوله الا يرى انه لو كان عليه الف درهم سود حالة فصالحه على الف درهم بخية الى اجل لا يجوز فبمعزل عما نحن فيه بمراحل لانه ليس مما هو مستحق بعقد المداينة ولا مما يمكن حمله على بيع الصرف اما الاول فلان البخية اجود من السود ففيها زيادة وصف وهي غير مستحقة بعقد المداينة بالسود وانما المستحق به السود لا غير واما الثاني فلان الاجل يمنع عن الحمل على بيع الصرف كما اعترف به نفسه حيث قال وانما لم يجز في هذه الصورة لان هذه مصارفة الى اجل والصرف الى اجل باطل **قوله** وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا اقول لقائل ان يقول انما يفضي الى الربوا لو جعل المصالح عليه وهو خمس مائة عوضا عن مجموع الالف المدعى واما اذا جعل عوضا عما يساويه من بعض المدعى وهو الخمس مائة بناء على ان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها فلا افضاء الى الربوا فما بالهم حملوا الصلح في مثل ذلك على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه ولم يحملوا على انه صارف ببعض حقه واسقط باقيه حتى لم يشترطوا القبض في المجلس وجوزوا التاجيل فتامل في الجواب **قوله** ومن له على آخر الف درهم فقال ادّ الي غدا منها خمس مائة على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء قال صاحب العناية قيل معناه ففعل فهو بريء في الحال ويجوز ان يكون معناه فادى عليه ذلك غدا فهو بريء من الباقي انتهى اقول لا يذهب على الفطن ان قوله فان لم يدفع اليه الخمس مائة غدا عاد اليه الالف يابى المعنى الثاني ويناسب المعنى الاول لان عود الالف اليه يقتضي تحقق البراءة عنه اولا لكن يمكن توجيهه على المعنى الثاني ايضا بانه لا شك ان البراءة الموقوفة على اداء الخمسمائة اليه غدا متحققة اولا وان لم يتحقق البراءة المعلقة الا باداء ذلك اليه غدا ففيما اذا لم يدفع ذلك اليه غدا يصح ان يقال عاد اليه الالف نظرا الى تحقق البراءة الموقوفة من قبل فان نصف الالف قد كان خرج من ملكه خروجا موقوفا على اداء نصفه الآخر اليه غدا فاذا لم يؤد اليه ذلك غدا عاد اليه الالف كما كان واما حمل العود مجازا على النبات كما كان فعله بعض الفضلاء فمما لا يقبله الفطرة السليمة **قوله** الا ترى انه جعل اداء الخمس مائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة قلت الباقي بكلمة على في قوله حيث ذكره بكلمة على للمقابلة كما في قولك بعت هذا بهذا فالمعنى حيث ذكر اداء الخمس مائة بمقابلة كلمة على التي للمعاوضة فلا حاجة الى ما تمحل به بعض الفضلاء في توجيه قوله حيث ذكره بكلمة على حيث قال اي في المعنى والا ففي اللفظ دخل كلمة على في الابراء دون الاداء انتهى وكانه حمل الباء على الالصاق فاخذ منه الدخول في الاداء فاحتاج الى التكلف وفيما ذكرناه مندوحة عن ذلك **قوله** والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه

او لانه متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كالحوالة وسنخرج البداية بالابراء ان شاء الله تعالى قال رض وهذه المسئلة على وجوه احدها ما ذكرناه والثاني اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها الى غدا وانت بريئ من الفضل على انك ان لم تدفعها الى غد فالالف عليك على حاله وجوابه ان الامر على ما قال لانه اتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال ابراءتك من خمسمائة من الالف على ان تعطيني الخمسمائة غدا فالابراء فيه واقع اعطى الخمسمائة او لم يعط لانه اطلق الابراء واداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به

قال صاحب العناية في شرحه والاداء لا يصلح عوضا لان حد المعاوضة ان يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيئا لم يكن انتهى ورد عليه بعض الفضلاء قوله والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيئا لم يكن حيث قال فيه شيئ بل يستفاد به البراءة اقول ليس هذا بشيئ لان مراد صاحب العناية انه لم يستفد بالاداء شيئ في جانب الدائن والبراءة انما يستفاد في جانب المديون وحد المعاوضة ان يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها فاذا لم يستفد في جانب الدائن شيئ لم يتحقق حد المعاوضة فتم السلوك

قوله او لانه متعارف قال صاحب العناية قوله او لانه متعارف معطوف على قوله لوجود المقابلة يعني ان حمل كلمة على على الشرط لاحد معنيين اما الوجود المقابلة واما لان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف اقول فيه نظر لان المعنى الثاني لا يكون علة لحمل كلمة على على الشرط لانها لما كانت موضوعة للمعاوضة لم يصح حملها على غيرها ما لم يوجد بينهما علاقة المجاز ولا يخفى ان كون مثل هذا الشرط في الصلح متعارفا لا يجدي مناسبة بين ما وضعت له كلمة على وبين هذا الشرط حتى يصلح علاقة للمجاز بخلاف المعنى الاول فان اشتراك المعاوضة والشرط في معنى المقابلة مناسبة مصححة للتجوز نعم يكون المعنى الثاني علة مرجحة للتجوز بعد ان ثبت العلة المصححة له لكن الكلام في كونه علة مستقلة لحملها على المجاز وذلك لا يتصور الا بكونه علة مصححة للتجوز كالاول وليس فليس ثم اقول الاقرب ان يكون قوله او لانه متعارف معطوفا على الاقرب وهو قوله تصحيحا لتصرفه وان كان الظاهر من كلام كثير من الشراح ان يكون معطوفا على ما ذكره صاحب العناية فمعنى كلام المصنف فتحمل كلمة على على الشرط عند تعذر حملها على المعاوضة لتصحيح تصرف العاقل او لان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف فيكون قوله لوجود معنى المقابلة بيانا للعلاقة المصححة للتجوز ويكون قوله تصحيحا لتصرفه وقوله او لانه متعارف بيانا للعلة المرجحة للحمل على المجاز بوجهين فينتظم اللفظ والمعنى **قوله** والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة قال صاحب العناية قوله كما في الحوالة متعلق بقوله فيفوت بفواته يعني انه لما كان يتقيد بالشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل تتقيد بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل انتهى اقول لا يخفى على ذي مسكة ان جعل قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله فيفوت بفواته مع تحقق الحمل الكثيرة الفاصلة بينهما بعيد عن سنن الصواب عند المحال الواضح لجعله متعلقا بما يتصل وهو قوله والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به وعن هذا قال صاحب النهاية في شرح قوله كما في الحوالة يعني ان البراءة مما لا تتقيد كالحوالة لان الحوالة على نوعين مطلقة ومقيدة وقال صاحب الكافي في تقرير هذا المقام والابراء تتقيد بالشرط وان لم تتعلق به كالحوالة فانها مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل انتهى وعلى هذا المنوال شرح جمهور الشراح هذا المقام ولم ار احدا ذهب الى كون قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله فيفوت بفواته سوى صاحب العناية والعجب منه ان ما صوره من المعنى لا يساعد ما ذهب اليه بل يناسب خلاف ذلك فانه قال يعني انه لما كان مقيدا بالشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيد بشرط السلامة ولا يخفى على الفطن ان قوله لما كان مقيدا بالشرط كان كالحوالة وقوله فان براءة المحيل تتقيد بشرط السلامة انما يناسب كون قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله والابراء مما يتقيد بالشرط وانما المساعد لما ذهب اليه ان يقال يعني ان الابراء لما كان فائتا بفوات الشرط كان كالحوالة فانها يفوت بفوات شرط السلامة على ان فوات الشيئ بفوات الشرط فرع لصحة تقييد ذلك الشيئ بالشرط وليس باصل مستقل في الكلام فكيف يحسن تعلق قوله كما في الحوالة بذلك دون اصله تبصر ترشد **قوله** قال العبد الضعيف وهذه المسئلة على وجوه قال صاحب النهاية اي وجوه خمسة فوجه الحصر فيها هو ان رب الدين في تعليق الابراء بأداء بعض الدين لا يخلو اما ان بدأ بالاداء ام لا فان بدأ به فلا يخلو اما ان ذكر معه تبار الباقي على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط ام لا فان لم يذكره فالوجه الاول وان ذكره فالوجه الثاني وان لم يبدأ بالاداء فلا يخلو اما ان بدأ بالابراء ام لا فان بدأ فالوجه الثالث وان لم يبدأ بالابراء فلا يخلو اما ان بدأ بحرف الشرط ام لا فان لم يبدأ فالوجه الرابع وان بدأ فالوجه الخامس انتهى كلامه

لان

بخلاف ما اذا بدأ باداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك [illegible]

[illegible]

قال ومن قال لآخر [illegible]

فصل في الدين المشترك [illegible] فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين [illegible]

[illegible]

قال ولو استوفى [illegible] قال ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين [illegible]

[illegible]

وهكذا ذكر وجه الحصر في العناية ايضا نقلا عن صاحب النهاية اقول فيه اشكال اما اولا فلانه جعل الوجه الثاني قسما مما بدأ بالاداء مع انه لم يبدأ فيه بالاداء بل بدأ بالمصالحة واما ثانيا فلانه جعل الوجه الرابع قسما مما لم يبدأ بالاداء مع انه بدأ فيه بالاداء كما ترى ويمكن الجواب عن كل واحد منهما بنوع عناية اما عن الاول فبان يقال ان البداءة في الوجه الثاني وان لم تكن بالاداء صورة الا انه كان بمعنى لان حاصل معناه اد الي غدا خمسمائة من الالف وانت بريء من الفضل على انك ان لم تدفعها الي غدا فالالف عليك على حالها فالمراد بان بدأ بالاداء ان بدأ به فيما يتم به وجه المسألة ويمتاز عن سائر وجوهها ولا يخفى ان الوجه الثاني يتم بما ذكرناه من حاصل المعنى ويمتاز به عن سائر الوجوه واما المصالحة فانما ذكرت فيه لمجرد التفصيل والايضاح واما عن الثاني فبان يقال ليس المراد بالبداءة بالاداء في وجه الحصر البداءة بالاداء المطلق بل المراد به البداءة بالاداء الموقت ولا يخفى انه لم يبدأ في الوجه الرابع بالاداء الموقت بل انما بدأ فيه بالاداء المطلق فاستقام التقسيم واجاب بعض الفضلاء عن الاشكال الاول بوجه آخر حيث قال فان قيل لم يبدأ في الوجه الثاني بالاداء بل بالمصالحة فلا معنى لجعله قسما مما بدئ فيه بالاداء قلنا ذلك مبني على اتحاده مع ما بدئ فيه بالاداء حكما فليتأمل انتهى اقول ليس هذا الجواب بشيء لان اتحاده مع ما بدئ حكما لا يقتضي ولا يجوز جعله مما بدئ فيه بالاداء اذ الاتحاد في الحكم لا يستلزم الاتحاد في الذات ولا في الصفات كيف ولو جاز جعل الوجه الثاني مما بدئ فيه بالاداء بناء على اتحاده في الحكم مع ما بدئ فيه بالاداء وهو الوجه الاول لجاز جعل ما لم يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط مما ذكر معه ذلك بناء على الاتحاد في الحكم ايضا فلم يظهر وجه لجعل الوجه الاول والوجه الثاني قسمين مستقلين **قوله** بخلاف ما اذا بدأ باداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا **اقول** فيه بحث لان هذا وان افاد الفرق بين الوجهين الا انه ينافي ما تقرر في التعليل المذكور من قبل ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول لانه كما لا يثبت الاطلاق بالشك لا يثبت الشرط به ايضا فيلزم ان لا يثبت تقييد الابراء بالشرط في ذلك الوجه اذ لم يثبت تقييده اولا هناك كما يثبت اطلاقه اولا في الوجه الثالث حتى لا يزول بالشك بل ان اخذ التقييد هناك فانما يؤخذ من مقارنة الابراء بالاداء واذا كان الاداء مترددا بين ما يقتضي الاطلاق وما يقتضي التقييد كما ذكره ههنا كان تقييده بالشرط مشكوكا غير ثابت وقد جزم في التعليل المذكور هناك من قبلهما بكون الابراء مقيدا بالشرط في ذلك الوجه وبين ذلك بما لا مزيد عليه فكان بين الكلامين تناف فليتأمل في التوفيق

فصل في الدين المشترك

اخر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لان المركب تلو المفرد **قوله** واصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض قال في النهاية واما اذا اخذ بمقابلة نصيبه ثوبا فليس لصاحبه ان يشاركه في المقبوض بل الخيار للقابض على ما ذكرنا من تنصيص رواية المبسوط واشارة رواية الكتاب انتهى **اقول** فلقائل ان يقول اذا كان قبض احد الشريكين في الدين شيئا من الدين مخالفا لاخذ احدهما ثوبا بمقابلة نصيبه في حكم المشاركة في المقبوض لم يتحقق اتحاد في الحكم بين مسألة ما اذا قبض احد الشريكين في الدين شيئا من الدين وبين مسألة الكتاب فلم يظهر لجعل الاولى اصلا في الثانية كما فعله المصنف وغيره جهة حسن وانما يظهر حسن ذلك فيما اذا صالح احدهما عن نصيبه على دراهم او دنانير كما ذكرت هذه الصورة ايضا في المبسوط وما نحن فيه ليس من ذلك **قوله** وله حق المشاركة قال بعض الفضلاء الظاهر اسقاط لفظ الحق فان المتحقق في الولد والثمرة حقيقتها لا حقها انتهى **اقول** بل الحق اقحام لفظ الحق لان الضمير في وله عائد الى صاحب الشريك القابض في الدين المشترك لا الى احد الشريكين في كل شيء وليس له حقيقة المشاركة في المقبوض والا لما نفذ تصرف القابض فيه قبل المشاركة وانما له حق المشاركة فيه فلو سقط لفظ الحق ههنا عسى يتوهم ان يكون له حقيقة المشاركة كما في الولد والثمرة فاقحم لفظ الحق دفعا لذلك التوهم **قوله** ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه قال الشراح

والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه ثم يرجع له ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض لانه انما رضي بالتساوي ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم

قال في العناية هذا الاستدراك جواب سؤال مقدر وهو ان يقال لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لاحد الشريكين التصرف في الثمرة والولد بغير اذن الآخر اقول نعم كذلك لكن يرد عليه انه وان تم جوابا عن ذلك السؤال الا انه مناف لما تقرر آنفا من ان لصاحبه حق المشاركة في المقبوض لانه لما قال في تعليله لان العين غير الدين علم منه ان ما قبضه احد الشريكين غير ما اشتركا فيه لا عينه ولما قال وقد قبضه بدلا عن حقه علم منه ان ما قبضه ليس بدلا عن المشترك بينهما كما انه ليس عين ذلك بل هو بدل عن حصة القابض فقط فكيف يتصور ان يثبت للشريك الساكت حق المشاركة في المقبوض الذي ليس هو عين ما اشتركا فيه ولا بدلا عنه فتامل ثم ان هذا مخالف لما ذكر في شرح الاقطع في تعليل قوله وان شاء اخذ نصف الثوب في جواب مسألة الكتاب بان قال لان الصلح وقع على نصف الدين وهو مشاع لان قسمة الدين حال كونه في الذمة لا تصح وحق الشركة متعلق بكل جزء من الدين فصار عوض الثوب نصفه من حقه فوقفت على اجازته واخذه النصف دلالة على اجازة العقد فصح ذلك وجاز فان ضمن له شريكه ربع الدين لم يكن له على الثوب سبيل لان حقه في الدين انتهى فان الظاهر منه ان يكون ما قبضه احد الشريكين في الدين بدلا عن حقهما معا لا عن حق القابض فقط **قوله** والاستيفاء بالمقاصة بثمنه وبين الدين هذا جواب عن سؤال مقدر وهو ان يقال ثبت انه ملكه بعقده ولكن كان عقده ببعض دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض فكيف يقولون لا سبيل لشريكه على الثوب في البيع فاجاب بان الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الى الغريم من نصيبه عند العقد لا تنافي ذلك لان النقود عينا كانت او دينا لا تتعين في العقود كذا في عامة الشروح قال صاحب النهاية بعد ذلك فان قيل في هذا الجواب ورد سؤال آخر وهو ان قسمة الدين قبل القبض لا تصح وفي المقاصة بدينه الخاص يلزم قسمة الدين قبل القبض قلنا قسمة الدين قبل القبض انما لا تجوز قصدا اما ضمنا فجائز وههنا وقعت قسمة الدين في ضمن صحة الشراء كما وقعت في المسألة الاولى في ضمن صحة المصالحة انتهى كلامه وقد اقتفى اثره صاحب معراج الدراية وقال صاحب العناية بعد تقرير السؤال المقدر وجواب المصنف رح عنه واذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانها لزمت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها انتهى اقول في تحرير صاحب العناية قصور فانه فرع اندفاع توهم قسمة الدين قبل القبض على ظهور المقاصة مع ان ذلك التوهم انما نشأ من المقاصة اذ لو لم يتحقق المقاصة للزم الاشتراك في الثوب المقبوض في البيع ايضا بناء على الاشتراك فيما اضيف اليه العقد من بعض الدين المشترك فلا يتوهم القسمة قبل القبض اصلا ولهذا فرع غيره ورود السؤال بلزوم القسمة قبل القبض على تحقق المقاصة ثم اقول لا احتياج عندي ههنا الى التشبث بجواز القسمة قبل القبض ضمنا اذ لا وجه للتوهم المذكور اصلا لانه ان لم يكن للشريك الساكت سبيل على الثوب في البيع بناء على كون استيفاء الشريك القابض في البيع بالمقاصة كان له سبيل على ما استوفاه من الدين المشترك بالمقاصة حيث كان له ان يضمنه نصفه وهو ربع الدين فلا مجال لتوهم قسمة الدين قبل القبض ضرورة ان لا سبيل لاحد الشريكين على شيء مما استوفاه الآخر بعد وقوع القسمة لا يقال تلك الضرورة في القسمة القصدية دون الضمنية والمتوهم ههنا مطلق قسمة الدين قبل القبض فلا بد من المصير الى ان يقال قسمة الدين قبل القبض قصدا غير لازمة واما ضمنا فلازمة ولكنها جائزة لانا نقول تلك الضرورة ثابتة قطعا في القسمة الصحيحة بعد ان وقعت سواء كانت قصدية او ضمنية فلو سلم وقوع قسمة الدين قبل القبض ضمنا ههنا واعترف بصحتها لزم ان لا يكون للشريك الساكت سبيل على ما استوفاه القابض من الدين المشترك بالمقاصة ايضا فلزم ان لا يضمنه ربع الدين وقد تقرر ان له ان يضمنه ذلك فالمسلك الصحيح ان لا يسلم لزوم قسمة الدين قبل القبض فيما نحن فيه لا قصدا ولا ضمنا كما حررناه **قوله** وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه اقول فيه كلام وهو انه ان كان حق الشريك الساكت باقيا في ذمة الغريم وكان ما استوفاه القابض نصيب نفسه حقيقة كان ثبوت حق المشاركة

ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض ولو ابرأه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف رحمه الله اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه شراء فاسدا او هلك في يده فهو قبض والاستيجار بنصيبه قبض وكذا الاحراق عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله والتزوج به لا في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه عن جناية العمد **قال** واذا كان السلم بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على راس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه

للساكت فيما استوفاه القابض مشكلا غير معقول المعنى لحمران هذا مخالف لما ذكر في غاية البيان وغيرها في صدر هذه المسائل من الاصل الصحيح المرهن عليه بان قال الاصل ههنا ان الدين المشترك الذي يثبت بسبب واحد للشريكين اذا قبض احدهما شيئا منه فالمقبوض من النصيبين لانا لو جعلناه من نصيب احدهما لكنا قد قسمنا الدين حال كونه في الذمة وقسمة الدين حال كونه في الذمة لا تجوز والدليل على ذلك هو ان القسمة تمييز الحقوق وذلك لا يتاتى فيما في الذمة ولان القسمة فيها معنى التمليك لان كل واحد من المتقاسمين ياخذ نصف حقه وياخذ الباقي عوضا عما له في يد الآخر وتمليك الدين لغير من في ذمته لا يجوز فاذا ثبت هذا كان المقبوض من النصيبين جميعا فكان لشريكه ان ياخذ نصف المقبوض بعينه انتهى فتامل قال صاحب العناية في تعليل قول المصنف فله ان لا يشاركه لئلا ينقلب ماله ما عليه فانه خاف باطل اقول فيه نظر لانه يستلزم ان لا يثبت له حق المشاركة اصلا بل يتعين له عدم المشاركة وهذا ظاهر لزوما وبطلانا **قوله** ولو وقعت المقاصة بدين كان من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض اقول فيه شيء وهو انه يلزم في هذه المقاصة قسمة الدين قبل القبض وما لا يجوز وليس ههنا عقد حتى تجوز في ضمنه كما تجوز في صورة البيع اللهم الا ان يجعل نفس المقاصة نوع عقد او شبه عقد وتجوز قسمة الدين قبل القبض في ضمنها ايضا **قوله** ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقالا يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز احد النصيبين عن الآخر باتصاف احدهما بالحلول والآخر بالتاخير وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لانه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا تمييز لبعضه عن البعض والقائل ان يقول بتاخير البعض هل تميز احد النصيبين عن الآخر اولا فان تميز بطل قولكم وذلك لا تمييز لبعضه عن بعض وان لم تميز بطل قولكم لامتياز احد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا والجواب عنه ان تاخير البعض عنه يستلزم التمييز بذكرنا توجيه فيما يستحيل ذلك فيه فمعنى قوله لامتياز احد النصيبين لاستلزام التاخير الامتياز فان قيل فقد جوزوا ابراء احدهما عن نصيبه وذكر الابراء يوجب التمييز بكون بعضه ساقطا وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك اجيب بان القسمة تقتضي وجود النصيبين وليس ذلك في صورة الابراء موجودا فلا قسمة الى ههنا كلامه اقول في الجواب الثاني بحث لان عدم تحقق القسمة في صورة الابراء بموجب سبب عدم تحقق مقتضاها لا يدفع السؤال الثاني لان حاصله نقض ما ذكر في الجواب الاول بان ذكر ما يوجب التمييز متحقق في صورة الابراء ايضا فلو استلزم مجرد ذلك قسمة الدين قبل القبض في صورة التاخير لاستلزمها في صورة الابراء ايضا واما عدم تحقق القسمة بسبب تخلف مقتضاها فامر مشترك بين الصورتين لان القسمة كما تقتضي وجود النصيبين كذلك تقتضي كون كل واحد من النصيبين قابلا للتمييز عن الآخر وتمييز بعض الدين عن بعض غير متصور فلا قسمة في الدين لا في صورة الابراء ولا في صورة التاخير كيف ولو امكن القسمة في الدين لما بطلت قسمة الدين قبل القبض فاذا لم يتصور حقيقة القسمة في الدين لا في صورة الابراء ولا في صورة التاخير بقي اصل النقض على حاله فتدبر

قوله وكذا الصلح عليه عن جناية العمد قال في النهاية ومعراج الدراية قيل انما قيد بجناية العمد لان في جناية الخطا يرجع ولكن ذكر في الايضاح مطلقا فقال ولو شج الطالب المطلوب موضحة فصالحه على حصته لم يلزمه لشريكه شيء لان الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح انتهى وقال في العناية بعدما ذكر ما فيهما دراي تقييده بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا الشيء انتهى ورده بعض الفضلاء حيث قال الرد اي ابطال العاقلة لا يعقل صلحا على ما يجيء اه اقول هذا ساقط جدا لان العاقلة انما لا تعقل الا ارش الذي يجب بالصلح وهو الذي يجيء في كتاب الديات ولا يكون ذلك الا في الصلح عن جناية العمد وانما مراد صاحب العناية ههنا ان الارش قد يلزم العاقلة بجناية الخطا ثم يصالح عنه على مال اعطاه الجاني ففي مثله اذا وقع الصلح على نصيب الجاني من الدين المشترك لم يكن الجاني المصالح مقتضيا الشيء اذ الارش لم يلزمه حتى يكون مقتضيا له بل قد لزم العاقلة فاين ما اراده مما اورده ذلك الراد ثم اقول بقي كلام فيما قاله صاحب العناية اما اولا فلان القاتل يدخل مع العاقلة عندنا فيكون فيما يؤدي كاحدهم على ما يجيء في كتاب المعاقل فلم يتم قوله فلم يكن مقتضيا الشيء اذ قد كان مقتضيا القدر الذي لزمه ان يؤديه مع العاقلة واما ثانيا فلان

ولأنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر بخلاف شراء العين وهذا لأن المسلم فيه صار واجبا بالعقد [illegible]

[illegible] **فصل** في التخارج **قال** وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه [illegible]

[illegible] **قال** وإن كانت التركة فضة فأعطوه ذهبا [illegible]

[illegible] **قال** وإن كان في التركة دين على الناس [illegible]

[illegible]

ما ذكره أنه يقتضي إطلاق الجناية لا التقييد بالعين فإن المصالح إذا لم يكن مستوفيا الشيء لزم أن لا يرجع شريكه عليه كما في الصلح عن جناية العمد فلم يظهر للتقييد وجه فليتأمل

قوله ولأنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر يعني أنه لو جاز فإما أن جاز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين فإن كان الأول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لا يظهر إلا بالتمييز ولا تمييز إلا بالقسمة واللازم باطل وإن كان الثاني فلا بد من إجازة الآخر لتنفذ العقد في نصيبه أقول فيه نظر أما أولا فلأن هذا الدليل منقوض بسائر الديون لأنه جار فيها بعينه كما لا يخفى مع تخلف الحكم المذكور وهو عدم جواز الصلح كما تقرر في دليل أبي يوسف رح وأما ثانيا فلأن قسمة الدين في الذمة إنما لا يجوز إذا كانت قصدا وأما إذا كانت ضمنا فيجوز كما صرحوا به وقد مر من قبل فيختار الشق الأول من الترديد المذكور وإنما لزمه قسمة الدين قبل القبض في ضمن عقد الصلح فلا محذور في اللازم **قوله** ولأنه لو جاز لشاركه في المقبوض فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي إلى عود السلم بعد سقوطه وقال صاحب العناية أخذا من شرح تاج الشريعة واعترض بأن هذا المعنى موجود في الدين المشترك إذا استوفى أحدهما نصيبه فإذا شاركه صاحبه في النصف رجع المصالح بذلك على الغريم ففيه عود الدين بعد سقوطه وأجيب بأنه أخذ بدل الدين وأخذه يؤذن بتقرير الدين لا بسقوطه بل تقاصا بأن يثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه لأن الديون تقضى بأمثالها وفي السلم يكون فسخا والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب انتهى كلامه أقول للمعترض أن يعود ويقول هذا المعنى موجود أيضا فيما إذا اشتريا عبدا فأقال أحدهما في نصيبه والفرق المذكور في الجواب المزبور لا يتمشى فيه لأن الإقالة فسخ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد ذكر في آخر الجواب أن المفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب ولم يتجدد السبب في تلك الصورة قطعا فينتقض الدليل المذكور بها ويمكن الجواب عنه بمنع جريان قوله لو جاز لشاركه في المقبوض في صورة الإقالة في العين بناء على جواز تفرد واحد منهما بالرفع في العين كما فهم من قول المصنف رح بخلاف شراء العين وهذا لأن المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد واحد منهما برفعه فلم يوجد المعنى المذكور في تلك الصورة فلا انتقاض بها تأمل تقف

فصل في التخارج التخارج تفاعل من الخروج ومعناه أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بشيء معلوم وإنما أخره لقلة وقوعه إذ قلما يرضى أحد أن يخرج من البين بغير استيفاء نصيبه أو لوقوعه بعد الحيوة **قوله** وفيه أثر عثمان رضي الله عنه فإنه صالح تماضر الأشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رض عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار قال في غاية البيان والأصل في جواز التخارج ما روى محمد بن الحسن رح في الأصل في أول كتاب الصلح عن أبي يوسف رح عمن حدثه عن عمرو بن دينار أن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف رض صالحوها على ثلثة وثمانين ألفا على أن أخرجوها من الميراث وقال محمد رح أيضا حدثنا أبو يوسف رح عمن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس رض أنه قال تخارج أهل الميراث وكذلك روى الحاكم الشهيد عن عمرو بن دينار أن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف رض صالحوها على ثلثة وثمانين ألفا على أن أخرجوها من الميراث وقد أثبت شمس الأئمة السرخسي وعلاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي لفظ الكافي كما فيه من غير تغيير إلا أن شمس الأئمة السرخسي قال وهي تماضر طلقها في مرضه فاختلف الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة وأولاد فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلثين جزءا من التركة فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزءا وأخذت بهذا الحساب ثلثة وثمانين ألفا وقد ذكر محمد رح الألف مطلقا ولم يفسر أنها دراهم أو دنانير وذكر ثلثة قبل الثمانين ولم يذكر اسم المصالحة ولم يذكر أن عبد الرحمن عن كم نسوة مات وصاحب الهداية لم يذكر الثلثة قبل الثمانين وفسر الثمانين بالدينار إلى هنا لفظ غاية البيان وهذا البسط ما ذكر في جملة الشروح ههنا غير أنه ذكر في سائر الشروح أنه ذكر في كتب الحديث ثلثة وثمانين ألف دينار

قوله وإذا كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربوا أما إذا كان ما أعطوه أقل من نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لأنه تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك من غير جنسه خالية عن العوض

وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة والاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء

وكذلك اذا كان ما اعطوه مثل نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لانه تبقى الزيادة على الماخوذ من جنس ذلك ومن غير جنسه خالية عن العوض فتعذر تجويزه بطريق المعاوضة في هاتين الصورتين للزوم الربوا ولا يصح تجويزه بطريق الابراء عن الباقي ايضا لان التركة عين والابراء عن الاعيان باطل كذا في الذخيرة وفي كثير من شروح هذا الكتاب اقول عدم صحة تجويز ذلك بطريق الابراء عن الباقي منظور فيه عندي لان الابراء عن نفس الاعيان وان كان باطلا الا ان البراءة عن دعوى الاعيان صحيحة كما صرحوا به وقد مر في الكتاب فلم لا يصح تجويز الصلح عن الاقل والمثل فيما نحن فيه بطريق البراءة عن دعوى الباقي وحمل كلام العاقل على الصحة واجب مهما امكن فان قلت قد مر في الكتاب انه لو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه عين حقه وهو على دعواه في الباقي وما نحن فيه نظير تلك المسئلة فاذا لم يصح الصلح هناك فكيف يصح ههنا قلت قد مر ايضا في الشروح هناك ان ما ذكر جواب غير ظاهر الرواية واما في ظاهر الرواية فانه يصح وقد ذكر في الذخيرة وفي فتاوى قاضيخان ايضا اختلاف جواب ظاهر الرواية وجواب غير ظاهر الرواية في تلك المسئلة حتى قال في الذخيرة هناك وجه ظاهر الرواية ان الابراء لاقى عينا ودعوى والابراء عن الدعوى صحيح وان كان الابراء عن العين لا يصح واما فيما نحن فيه فالجواب عدم صحة الصلح رواية واحدة لا غير على ما ذكر في جميع الكتب فيرد عليه ما اوردناه من النظر كما لا يخفى وقال الحاكم ابو الفضل انما يبطل الصلح على مثل نصيبه من الدراهم او على اقل من نصيبه من الدراهم حالة التصادق واما حالة المناكرة فالصلح جائز لان حالة المناكرة المعطي يعطي المال لقطع المنازعة وليفدي به يمينه فلا يتمكن الربوا كذا في الذخيرة والتتمة ونقل عنها في النهاية ومعراج الدراية قال الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد قال ابو الفضل يعني الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على اقل من نصيبها من العين في حالة التصادق اما في حالة المناكرة فالصلح جائز لانه ان لم يكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه استقاطا ثم قال الامام الاسبيجابي والصحيح انه باطل في الوجهين لانه يكون معاوضة في حق المدعي فيدخل فيه معنى الربوا من الوجه الذي قلنا انتهى وهكذا نقل عنه في غاية البيان وقال الامام فخر الدين قاضيخان في فتاواه قال الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح عن اقل من حصتها من مال الربوا في حالة التصادق اما في حالة الجحود والمناكرة يجوز الصلح ووجه ذلك ان في حالة الانكار ما يوخذ لا يكون بدلا في حق الآخذ بل في حق الدافع انتهى كلامه اقول في الوجه الذي ذكره قاضيخان اشكال لان عدم كون الماخوذ بدلا في حق الدافع ظاهر مسلم واما عدم كونه كذلك بدلا في حق الآخذ فممنوع فان قلت انما لا يكون الماخوذ بدلا في حق الآخذ ايضا لامكان تصحيح هذا الصلح بدون الحمل على المعاوضة بحمله على اخذ عين الحق في قدر الماخوذ واسقاط الحق في الباقي كما قالوا في الصلح عن الدين باقل من جنسه قلت الكلام في الصلح عن اعيان التركة والابراء عن الاعيان باطل على ما صرحوا به فلو امكن تصحيح هذا الصلح في حالة المناكرة بحمله على اخذ بعض الحق واسقاط بعضه الآخر لامكن تصحيحه في حالة التصادق ايضا بذلك الطريق لعدم الفارق بين الحالتين في ذلك المعنى قطعا وقد اجمعوا على عدم امكان تصحيحه اصلا في حالة التصادق نعم بقي لنا الكلام في هذا المقام بانه لم لا يجوز تصحيح هذا الصلح في الحالتين معا بحمله على البراءة عن دعوى الباقي من اعيان التركة لا عن نفس تلك الاعيان فان الباطل هو الثاني دون الاول كما قررناه من قبل قوله

وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة لعدم رجوعهم على الغرماء كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وقالوا في سائر الشروح اما في الوجه الاول فان لبقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء وفي الوجه الثاني للزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة انتهى قال بعض الفضلاء بعد نقل المعنى الاول عن الكفاية هذا هو الحق لا ما في سائر الشروح من لزوم النقد بالنسيئة في الصورة الثانية اذ لا نسيئة عند التبرع فليتامل انتهى اقول قد يكون التبرع في نفس المال بان يعطيه على ان لا ياخذ عينه ولا بدله من بعد وقد يكون في نقده وتعجيله بان يعطيه في الحال عند عدم وجوب اعطائه عاجلا عليه وهذا لا ينافي ان ياخذ عينه او بدله في الآجل فلما كان قول المصنف رح في الوجه الثاني متبرعين محتملا لكل واحدة من نوعي التبرع حمله بعض الشراح على الصورة الاولى لتبادرها فقسر ضرر لبقية الورثة في الوجهين

ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت التركة
غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين والاصح انه يجوز لانها لا تفضي الى المنازعة
لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة لم تتملكها الوارث وان لم يكن
مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخي رح في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا

معا بعدم رجوعهم على الغرماء وحمله اكثر الشراح على الصورة الثانية لقلة الضرر فيها وتفاحش الضرر في الصورة الاولى ففسروا الضرر في الوجهين بالمعنيين المختلفين
نقول ذلك القائل في الرد عليهم اولا انسية عند التبرع ناش من الغفول عن الصورة الثانية من التبرع واعلم ان صدر الشريعة حمل معنى الوجه الثاني في شرح
الوقاية على ما حمل عليه اكثر شراح هذا الكتاب حيث قال والثانية ان بقية الورثة يؤدون الى المصالح نصيبه نقدا ويحيل لهم حصته من الدين على الغرماء وفي هذا الوجه
يتضرر بقية الورثة لان النقد خير من الدين انتهى ولكن خالف في توجيه الوجه الاول صاحب الهداية وشراح كتابه قاطبة وسائر المحققين كصاحب الكافي وغيره حيث قال
الحيلة الاولى ان يشترطوا ان يبرئ المصالح الغرماء عن حصته من الدين ويصالح عن اعيان التركة بمال وفي هذا الوجه فائدة لبقية الورثة لان المصالح
لا يبقى له على الغرماء حق لان حصته تصير لهم انتهى كلامه اقول فيه بحث لان ما ذكره انما يفيد ثبوت الفائدة للغرماء لا لبقية الورثة فان قيل اذا لم يبق للمصالح
على الغرماء حق يسهل للغرماء اداء حصص بقية الورثة فيحصل من هذه الجهة فائدة لبقية الورثة قلنا ان حصل لهم فائدة من تلك الجهة يحصل لهم الضرر من جهة ان حصة
المصالح لا تصير لهم فقوله لان حصته تصير لهم حجة لهم لا له فلا وجه لذكره في تعليل فائدة بقية الورثة ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح زاد في الطنبور نغمة
حيث قال في هذا المقام وفي هذا الوجه نوع ضرر لسائر الورثة حيث قال لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح ونوع نفع لهم حيث لا يبقى للمصالح حق
على الغرماء فنقصان ذلك الضرر يجبر بهذا النفع وقال في حاشيته فيه دخل لصاحب الهداية حيث اعتبر الضرر المذكور ولم يعتبر النفع ولصدر الشريعة حيث عكس انتهى
اقول فيه ايضا بحث اذ لا يخفى على الفطن ان عدم تمكن سائر الورثة من الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح وضياع ذلك القدر من مال التركة بالكلية
ضرر فاحش لهم لا ينجبر بمجرد ان لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فان النفع فيه لسائر الورثة امر وهمي من جهة تأديه الى سهولة اداء الغرماء حصص باقي الورثة فاين
هذا من ذاك فالحق ما ذكره صاحب الهداية قوله ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال
بين هذا في كثير من الشروح بان كان له في التركة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح او اقل وهكذا ذكر في الذخيرة ايضا اقول
نصيبه من ذلك اذا كان اقل من بدل الصلح لا يلزم الربوا اذ يكون نصيبه من ذلك حينئذ بمثله من بدل الصلح ويكون زيادة البدل بحقه
كما مر في الكتاب فيما اذا كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب او فضة من انه لا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك
حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربوا فالحق في البيان هنا ان يقال بان كان في التركة مكيل او موزون
ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح او اكثر ولقد اصاب صاحب غاية البيان حيث علل قوله لاحتمال الربوا بقوله لانه يجوز ان يكون في التركة كيلي او وزني و
نصيب المصالح من ذلك او اقل لان ما زاد على بدل الصلح من نصيب المصالح يكون ربوا انتهى فانه اعتبر القلة في جانب بدل الصلح لا في جانب نصيبه
من ذلك على عكس ما اعتبره الآخرون وكان صاحب الكافي ايضا تنبه لما ذكرناه من الخلل فاكتفى بذكر المثل حيث قال في تعليل هذا القيل لاحتمال
ان في التركة مكيلا او موزونا ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربوا انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية ولكن الاوجه ان يزاد عليه قيد او اكثر
عليه انفا لان فيه توسيع دائرة احتمال الربوا كما لا يخفى قوله وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة لاحتمال ان لا يكون في التركة من ذلك الجنس وان كان فيحتمل ان
نصيبه من ذلك اكثر مما اخذه او اقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة كذا في العناية وعلى هذا المنوال ذكر في الذخيرة وكثير من الشروح وكتب بعض الفضلاء
صاحب العناية فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر او اقل فيه بحث اقول لعل مراده بالبحث انه على تقدير ان يكون نصيبه اقل مما اخذه لا يلزم الربوا لما
مر فلا وجه لذكره في اثناء بيان احتمال الربوا لكنه ساقط هنا اذ مراد صاحب العناية وغيره فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر فيلزم الربوا او اقل فلا

بطلت

لا يجوز ان

النهاية

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الارض سمي به لان

الربوا الا انه على كل تقدير يلزم الربوا فانهم بصدد بيان شبهة الشبهة التي ليست بمعتبرة فلا بد لهم من بيان احتمال كل واحد من جانبي الصحة والفساد الا يرى الى قولهم لاحتمال ان لا يكون في التركة من ذلك الجنس فان هذا الاحتمال احتمال جانب الصحة قطعا كيف ولو كان الاحتمال مقصورا على جانب الفساد لكان اللازم حقيقة الربوا لا شبهة الربوا فضلا عن شبهة الشبهة تامل تقف ثم اعلم ان صاحب الاصلاح والايضاح لعدما بين الاختلاف في هذه المسئلة على ماذكر في الكتاب قال والقائل ان يقول الحق الجواب بالتفصيل بان يقال ان كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز وان لم يكن يجوز وان لم يدر حال التركة فعلى الاختلاف انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلانه لا احتياج ههنا الى ماذكره من التفصيل اصلا اذ الشقان الاولان من تفصيله قد استغنى عنهما بالمسئلتين المذكورتين سابقا على استقلال احديهما قوله وان كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب او فضة الى آخره واخريهما قوله في اول الفصل واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقار او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا واما ثانيا فلان التفصيل الذي ذكره لا يخلو عن اختلال لان قوله ان كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز لا يصح على اطلاقه فانه اذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان ما اعطوه اكثر قدرا من نصيب المصالح من ذلك الجنس يجوز الصلح قطعا كما مر مفصلا ومدللا وكذا اذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان فيها دراهم ودنانير وكان بدل الصلح دراهم ودنانير ايضا يجوز الصلح قطعا كما مر ايضا مستوفا واما ثالثا فلان مسئلتنا هذه لا تقبل التفصيل المذكور جدا اذ قد اعتبر فيها كون اعيان التركة غير معلومة فان عبارة هذا الكتاب في هذه المسئلة هكذا ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز وقيل يجوز وعبارة الوقاية وكذا عبارة متن ذلك القائل في هذه المسئلة هكذا وفي صحة الصلح عن تركة جهلت على مكيل وموزون اختلاف انتهى فكيف يتصور في هذه الصورة التفصيل المزبور فعلا هي منحصرة في الشق الثالث منه وهو مالم يدر حال التركة فالجواب بالاختلاف لا غير على ماذكر في الكتب المعتبرة عامة

كتاب المضاربة

قد مر وجه المناسبة في اول كتاب الاقرار والمضاربة في اللغة مفاعلة من ضرب في الارض اذا سار فيها قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله يعني الذين يسافرون في الارض للتجارة وسمي هذا العقد بها لان المضارب يسير في الارض غالبا طلبا للربح وفي الشريعة عبارة عن عقد على الشركة بمال من احد الجانبين وعمل من الآخر كما سياتي في الكتاب وقال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه وهي في الشريعة عبارة عن دفع المال الى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ماشرطا اقول فيه قصور اذ الظاهر ان المضاربة في الشريعة ليست نفس الدفع المزبور بل هي عقد يحصل قبل ذلك او معه وركنها الايجاب والقبول بالفاظ تدل عليها مثل ان يقول رب المال دفعت هذا المال اليك مضاربة او مقارضة او معاملة او خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله فهو بيننا على كذا او يقول المضارب قبلت او مايؤدي هذا المعنى وشروطها كثيرة تذكر في اثناء المسائل قال في الغاية وشروطها نوعان صحيحة وهي ما يبطل العقد بفواته وفاسدة يفسد في نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سياتي ذكره ذلك انتهى اقول فيه قصور لان الشروط الفاسدة ايضا نوعان نوع يفسد العقد ايضا ونوع يفسد في نفسه ويبقى العقد صحيحا نص عليه ههنا في النهاية وسياتي التصريح به في الكتاب ايضا وعبارة الغاية تشعر بانحصار الشروط الفاسدة في النوع الثاني منها فكانت قاصرة وحكمها الايداع والوكالة والشركة بحسب الاوقات كما اشير اليه في المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها على ما فصل في النهاية قال في الغاية وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح اقول فيه خلل اما اولا فلان حكمها عند الدفع هو الايداع وانما الوكالة حكمها عند التصرف والعمل كما نص عليه في كثير من المعتبرات حتى في الغاية الا يرى الى ما قال في الوقاية وهي ايداع اولا وتوكيل عند عمله وشركة ان ربح واما ثانيا فلانه لم يذكر الايداع

لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وبعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله فاذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل اجر مثله واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره **قال** المضاربة عقد على الشركة بمال من احد الجانبين ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر ولا مضاربة بدونها الا ترى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا **قال** ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة وقد تقدم بيانه من قبل ولو دفع اليه عرضا وقال له بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال له اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا يصح المضاربة

عن بيان حكمها وهو حكم لها ايضا يثبت بها اولا على ما صرح به في عامة الكتب وقال في الكافي والكفاية وحكمها انواع ايداع ووكالة وشركة واجارة وغصب اقول فيه ايضا خلل لان معنى الاجارة انما يظهر اذا فسدت المضاربة ومعنى الغصب انما يتحقق اذا خالف المضارب فكان متعديا كما سياتي وكلا الامرين ناقض لعقد المضاربة مناف لصحتها فكيف يصح ان يجعل الاجارة والغصب حكما من احكامها وحكم الشئ ما يثبت به والذي يثبت بما ينافيه لا يثبت به قطعا لا يقال ان الاجارة والغصب وان لم يصلحا ان يجعلا حكما للمضاربة الصحيحة الا انهما يصلحان ان يجعلا حكما للمضاربة الفاسدة فمن ادرجهما في احكام المضاربة يريد باحكامها احكام مطلق المضاربة صحيحة كانت او فاسدة لانا نقول لا شك ان ما ذكر في قرانهما من ركنها وشرطها وغيرهما انما يراد به ما كان للمضاربة الصحيحة لا غير فكذا احكامها ايضا لا بد ان يكون كذلك ولئن سلم صحة التعميم للمضاربة الفاسدة ايضا في الاحكام فالغصب ليس من احكام المضاربة الفاسدة ايضا لان حكم المضاربة الفاسدة على ما صرح به في البدائع بل في الكتاب ايضا فيما سيجئ ان يكون للعامل اجر مثل عمله ولا شك ان ليس للغاصب اجر قط لكونه متعديا فلا مجال لجعل الغصب من احكام المضاربة في شئ

قوله لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله قال الشارح العيني فيه مناقشة لان المضارب لا يستحق الربح بسعيه وعمله حتى لو سعى وعمل ولم يظهر ربح لا يستحق شيئا انتهى اقول ليس هذا بشئ لان الباء في قوله بسعيه وعمله للسببية والمعنى ان المضارب يستحق الربح بسبب سعيه ووظيفة السبب مجرد الايصال والافضاء الى المسبب في الجملة لا التاثير فيه وانما التاثير وظيفة العلة وقد عرف ذلك كله في الاصول فتخلف استحقاق الربح عن سعي المضارب وعمله عند عدم ظهور الربح لا يخل بصحة الكلام المذكور اصلا

قوله ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة قال صاحب النهاية في بيان التعليل اي لان عقد المضاربة مشتمل على الوكالة والاجارة كما عرف وكل واحد منهما يقبل الاضافة الى زمان في المستقبل فيجب ان يكون المشتمل عليهما وهو عقد المضاربة قابلا للاضافة الى زمان في المستقبل ايضا لئلا يخالف الكل الجزء انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في هذا البيان غير انه قال والاجارة بالراء او الاجازة بالزاي اقول فيه بحث اما اولا فلان المضاربة بالمعنى المقيد لم تصر اجارة بالراء كما صرحوا به وكما مر في الكتاب آنفا والمدعى ههنا صحة عقد المضاربة في الصورة المذكورة والمضاربة الصحيحة لا تشتمل على الاجارة بالراء اصلا بل تنافيها قطعا فلا معنى لدرجها في تعليل صحة عقد المضاربة في الصورة المذكورة واما ثانيا فلان لزوم عدم مخالفة الكل الجزء ممنوع فانا نعلم قطعا مخالفة الكل لاجزائه الخارجية والعقلية في كثير من الاحكام الا يرى ان الواحد جزء من الاثنين والاول فرد لا زوج والثاني زوج لا فرد الى غير ذلك من المخالفات المبنية على ان المخالفة بين المضاربة وبين الوكالة والاجارة ايضا متحققة قطعا في كثير من الاحكام منها ان الوكيل لا يستحق الربح ولا يشترك فيه مع الموكل والمضارب يستحق ذلك ويشترك فيه مع رب المال وان الاجير يستحق به الاجر ولا يستحق الربح والمضارب على العكس الى غير ذلك واما ثالثا فلان الوكالة والاجارة لا يحتملان الجزئية من المضاربة اما الوكالة فلانهم اتفقوا على انها حكم من احكام المضاربة ولا شك ان حكم الشئ خارج عنه مترتب عليه لا ركن داخل فيه واما الاجارة فلانها ايضا حكم من احكامها على ما ذكره البعض وشئ مناف لصحتها مفسد لها على مقتضى التحقيق كما مر وعلى كلا التقديرين لا تصلح الجزئية منها فحديث الجزئية في تمشية التعليل المذكور مما لا وجه له ولم ار احدا حام حوله سوى الشارحين المذكورين فالوجه في تمشية ذلك تقرير صاحب الكافي حيث قال لانه لم يضف المضاربة الى العرض وانما اضاف الى ثمنه والثمن مما يصح المضاربة به والاضافة الى زمان في المستقبل يجوز لانه وكالة او وديعة او اجارة وليس في شئ من ذلك ما يمنع صحة الاضافة الى زمان في المستقبل انتهى نعم فيه ايضا شئ مما مر وهو ان المضاربة انما تصير اجارة بعد فسادها لا في حال صحتها فلا معنى لدرج الاجارة في تعليل صحتها في الصورة المذكورة اللهم الا ان يكون درجها فيه على سبيل المبالغة كانه قيل ليس في عقد المضاربة ما يمنع عن الاضافة الى زمان في المستقبل لا في حال صحته ولا بعد فساده فتامل ثم اقول بقي لي بحث قوي في هذا المقام وهو انهم اتفقوا على ان المضاربة ايداع ابتداء وتوكيل

لان عند ابى حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر فى البيوع وعندهما يصح لكن يقع الملك فى المشترى للآمر فيصير مضاربة بالعرض **قال** ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق احدهما دراهم مسماة من الربح لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما فى عقد الشركة **قال** فان شرط زيادة عشرة فله اجر مثله لفساده فلعله لا يربح الا هذا القدر فيقطع الشركة فى الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب المال لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم فى كل موضع لم يصح المضاربة ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابى يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله كما بينا فى الشركة ويجب الاجر وان لم يربح فى رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع او العمل وقد وجد وعن ابى يوسف رحمه الله انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها والمال فى المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة

عند العمل وشركة بعد الربح وقد صرحوا فى محله بان ما لا يصح اضافته الى زمان فى المستقبل تسعة وعدوا منها الشركة فاذا لم يصح اضافة الشركة الى زمان فى المستقبل فقد وجد فى المضاربة ما يمنع صحة الاضافة الى ذلك وهو الشركة فينبغى ان لا يصح عقد المضاربة فى الصورة المزبورة بناء على ذلك المانع اذ لا ريب ان ارتفاع مانع امر لا يجدى عند تحقق مانع آخر **قوله** لان عند ابى حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر فى البيوع واذا لم يصح هذا التوكيل كان المشترى للمشترى والدين بحاله فكان راس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح كذا فى العناية والنهاية قال بعض الفضلاء الاظهر ان يقال اذا لم يصح التوكيل لم يصح المضاربة لان عدم صحة الجزء يستلزم لعدم صحة الكل انتهى اقول قد مر منا ان حديث كون الوكالة جزءا من المضاربة ليس بصحيح فانهم صرحوا بان الوكالة حكم من احكام المضاربة مترتب على صحة عقد المضاربة ثابت عند تصرف المضارب فى مال المضاربة لا قبله فلا مجال لان يكون جزءا فيها فلا بد فى بيان بطلان المضاربة فى الصورة المزبورة على تقدير بطلان ذلك التوكيل عند ابى حنيفة رحمه الله من المصير الى ما ذكره صاحبا العناية والنهاية نعم انهما قالا ايضا بجزئية الوكالة من المضاربة فيما مر ولكنهما اصابا فى ترك ذلك ههنا **قوله** فان شرط زيادة عشرة فله اجر مثله ذهب عامة الشراح الى ان هذا تفسير للمسألة المتقدمة والفاء فى قوله فان شرط للتفسير وزيادة عشرة اى على ما شرط له كالنصف والثلث فله اى فللعامل اقول فيه نظر لان هذه المسألة التى هى مسألة الجامع الصغير لا تصلح ان يكون تفسيرا للمسألة المتقدمة التى هى مسألة مختصر القدورى لوجهين احدهما ان المسألة الاولى اعم من المسألة الثانية لان اشتراط دراهم مسماة لاحدهما يتمشى فى صورة متعددة مذكورة فى معتبرات الفتاوى كالبدائع والذخيرة وغيرهما منها ان شرطا ان يكون لاحدهما مائة درهم من الربح او اقل او اكثر والباقى للآخر ومنها ان شرطا لاحدهما نصف الربح او ثلثه الا عشرة دراهم ومنها ان شرطا لاحدهما نصف الربح او ثلثه ويزاد عشرة وفى كل ذلك تفسد المضاربة بناء على ان كل واحد من الشروط المزبورة تقطع الشركة فى الربح لانه ربما لا يربح الا القدر المسمى او اقل كما صرحوا به واما اشتراط زيادة عشرة فانه يتمشى فى صورة ثالثة من الصور المذكورة فكيف يكون الاخص مفسرا للاعم وثانيهما ان حكم المسألة الاولى فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لاحدهما وحكم المسألة الثانية وجوب اجر المثل للعامل فكيف يتصور ان يكون احد المتخالفين فى الحكم مفسرا للآخر فالحق عندى ان الفاء فى قوله فان شرط زيادة عشرة للتفريع والمقصود بالمسألة الاولى بيان ان عقد المضاربة يفسد باشتراط دراهم مسماة لاحد المتعاقدين وبالثانية بيان ان حكم المضاربة الفاسدة وجوب اجر المثل للعامل كانه قال اذا عرفت فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لاحدهما فاعلم ان حكم فساد عقد المضاربة باشتراط ذلك وجوب اجر المثل للعامل الا انه ذكر فى التفريع صورة اشتراط زيادة عشرة لكونها هى المذكورة فى مسألة الجامع الصغير على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر فيها ومن عادة المصنف رحمه الله ان لا يغير المسألة التى اخذها من الجامع الصغير من مختصر القدورى ولكن دفع احتمال توهم اختصاص ذلك الحكم بالصورة المذكورة بان قال بعد تعليل المسألة وهذا هو الحكم فى كل موضع لم تصح المضاربة **قوله** وعن ابى يوسف رحمه الله انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها فان قلت ما جواب ظاهر الرواية عن هذا التعليل القوى لابى يوسف رحمه الله فان العقد الفاسد يؤخذ حكمه ابدا من العقد الصحيح من جنسه كما فى البيع الفاسد قلت جوابه هو ان الفاسد انما يعتبر بالجائز اذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والمضاربة الفاسدة تنعقد اجارة فيعتبر بالاجارة الصحيحة فى استحقاق الاجر عند ايفاء العمل وان تلف المال فى يده فله اجر مثله فيما عمل كذا فى النهاية والعناية وعزاه صاحب النهاية الى المبسوط اقول مقتضى هذا الجواب ان لا يجوز اعتبار المضاربة الفاسدة بالمضاربة الصحيحة فى شئ من الاحكام مع انهم اعتبروها بالمضاربة الصحيحة فى حكم كون المال غير مضمون بالهلاك كما ذكره المصنف رحمه الله متصلا بما نحن فيه حيث قال والمال فى المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة نعم يمكن اثبات ذلك الحكم بدليل آخر يؤدى الى اعتبارها بالاجارة الصحيحة كما ذكره المصنف رحمه الله فيما بعد بقوله ولانه صار مستاجرة فى يده لكن الكلام

ولانه عين مستأجر في بدنه وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب **قال** ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب ولا يد لرب المال فيه لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد من ان يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه اما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما لم ينعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف ولا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد المتفاوضين واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وان لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده ان لم يكن من اهل المضاربة فيه كالمأذون بخلاف الاب والوصي لانهما من اهل ان يأخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال

في جعلهم اعتبارها بالمضاربة الصحيحة دليلا مستقلا عليه كما هو الظاهر من عبارة الهداية والكافي وغيرهما فتأمل ثم ان بعض الفضلاء رد على صاحب العناية في قوله وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة بانه يخالف ما أسلفه من ان عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والاجارة اقول انما يخالف ذلك ان لو كان مراده بما أسلفه ان عقد المضاربة مشتمل على ما صحته التوكيل والاجارة مساوا اما اذا كان مراده بذلك ان عقد المضاربة مشتمل على التوكيل حال صحته وعلى الاجارة بعد فساده فلا مخالفة بين كلاميه والظاهر هو الثاني لانه موافق لما مر جوابه **قوله** ولانه عين مستأجر في يده وفي بعض النسخ عين مستأجر يعني ان رأس المال عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غيره فالثمن كاجير الوحد كذا في الشروح قال بعض الفضلاء فيكون مستأجرة في قول المصنف رحمه الله عين مستأجرة صفة جرت على غير من هي له او هو من قبيل سيل مفعم ولعل هذا اولى انتهى اقول فيه ان قولهم سيل مفعم مما بني للمفعول واسند الى الفاعل اذ المفعم اسم مفعول من افعمت الاناء ملأته وقد اسند الى الفاعل لان السيل هو المالئ لا المملوء بخلاف ما نحن فيه فان رأس المال ليس بفاعل للاستيجار قطعا كما انه ليس بمفعول فكيف يكون هذا من قبيل ذاك اللهم الا ان يكون مراده بقوله او هو من قبيل سيل مفعم او هو من قبيل الاسناد المجازي مطلقا لا انه من قبيل خصوص الاسناد الواقع فيه فحينئذ يجوز كما اشار اليه تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال المستأجر في الحقيقة انما هو المضارب لكن سمي العين مستأجرا لعمل المضارب فيه انتهى ثم ان جماعة من الشراح قالوا هذا التعليل يشير الى ان المضارب بمنزلة اجير الوحد من حيث انه اجير لا يمكن له ان يؤاجر نفسه في ذلك الوقت لآخر قال صاحب العناية والنهاية منهم في تعليل ذلك لان العين الواحد لا يتصور ان يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن لاجير الوحد ان يؤجر نفسه لمستأجرين في الوقت الواحد انتهى اقول فيه بحث لانه ان اريد بالعين الواحد في قولهما لان العين الواحد لا يتصور ان يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد نفس المضارب فلا نسلم ان نفسه لا يتصور ان يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد ان الاجارة اذا كانت عقدا على العمل لا على المنفعة يجوز ان يكون شخص واحد مستأجر الاكثر من المستأجرين في وقت واحد كالقصار وراعي الغنم للعامة ونحوهما من الاجير المشترك لامكان العمل لكل واحد منهم في ذلك الوقت وقد وقع عقد المضاربة على العمل من المضارب فجاز ان يكون مستأجر الاكثر من واحد بخلاف اجير الوحد فان الاجارة فيه كانت على المنفعة دون العمل فلا يقدر على ان يؤجر نفسه لآخر في الوقت الواحد على ما تقرر في محله وان اريد بالعين الواحد في قولهما المزبور رأس المال فنسلم ان ذلك لا يتصور ان يكون مستأجر المستأجرين في وقت واحد اي ان يكون في يد كل واحد منهما ليعملان به في وقت واحد ولكن هذا لا يقتضي ان يكون المضارب بمنزلة اجير الوحد لجريان هذا المعنى في كل اجير مشترك فان ما يعمل به من الاعيان لا يتصور ان يكون في يده وفي يد غيره على الاستقلال في الوقت الواحد لامتناع وقوع شئ واحد في محلين مختلفين في وقت واحد فلا يتم التقريب **قوله** وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلاف مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب قال في النهاية فان قلت هذا الكلي منقوض بما ذكر بعد هذا بخطوط وهو قوله وشرط العمل على رب المال مفسد العقد فان هذا الشرط داخل تحت ذلك الكلي لان هذا الشرط لا يوجب جهالة في الربح ومع ذلك افسد عقد المضاربة وعلى قضية ذلك الكلي ينبغي ان لا يفسد المضاربة لانه غير الذي يوجب جهالة في الربح قلت نعم كذلك الا انه يحتمل ان يريد بقوله وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها الشرط الذي لا يمنع موجب العقد واما اذا كان شرطا يمنع موجب العقد يفسد العقد لان العقد انما شرع لاثبات موجبه انتهى اقول هذا الجواب لا يشفي العليل ولا يجدي طائلا لان كون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد مع انه مجرد احتمال محض لا يدل عليه اللفظ المزبور لعمومه مفسد لما هو المقصود في المقام اذ المقصود ههنا بيان اصل ينضبط به احوال الشروط

قال وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لإطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل إلا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا الإيداع والإبضاع والمسافرة ألا ترى أن المودع له أن يسافر فالمضارب أولى كيف وأن اللفظ دليل عليه لأنها مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه إن دفع في بلده ليس له أن يسافر لأنه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وإن دفع في غير بلده له أن يسافر إلى بلده لأنه هو المراد في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب قال ولا يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه وكان كالتوكيل فإن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره إلا إذا قيل له اعمل برأيك بخلاف الإيداع والإبضاع لأنه دونه فيتضمنه وبخلاف الإقراض حيث لا يملكه وإن قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الإقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لأنه لا يجوز الزيادة عليه أما الدفع مضاربة فمن صنيعهم وكذا الشركة والخلط بماله فيدخل تحت هذا القول قال وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها لأنه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة إلى من يخرجها من تلك البلدة لأنه لا يملك الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره قال فإن خرج إلى غير تلك البلدة فاشترى ضمن وكان ذلك له وله ربحه لأنه تصرف بغير أمره وإن لم يشتر حتى رده إلى الكوفة وهي التي عينها برئ من الضمان كالمودع إذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا إذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء بها هاهنا وهو رواية الجامع الصغير وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الإخراج والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد إلى المصر الذي عينه أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج وإنما شرط الشراء للتقرر لا لأصل الوجوب وهذا بخلاف ما إذا قال على أن تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد

الفاسدة في باب المضاربة بناء على تقدير أن يكون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد بكون الشرط الذي يمنع موجب العقد ولا يوجب جهالة في الربح خارجا عن قسمي هذا الأصل فلا يتحقق الانضباط فلا يتم المقصود وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال قيل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجيء فلم تكن القاعدة مطردة والجواب أنه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها أي المضاربة وإذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب التخلية عن العقد وهو صحيح تخريجا بأن يقال نزيد العقد وهو ليس بجيد فقوله بعد هذا الجملة أو شرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه انتهى كلامه أقول مضمون هذا الجواب وإن لم يكن فاسدا في نفسه إلا أنه مفسد لمعنى المقام لأن معنى القسم الثاني من الأصل المذكور على ما صرحوا به أن غير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى المضاربة صحيحة ويبطل الشرط وقد أشار إليه المصنف رحمه الله بقوله كاشتراط الوضيعة على المضارب فإن الشرط هناك باطل والمضاربة صحيحة ثمة كما اعترف به صاحب العناية أيضا حيث قال أولا وما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه ويبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير إلى ذلك بأصل جلي فقال كل شرط يوجب جهالة في الربح إلى آخره ولا شك أن المضاربة المعدومة لا تندرج في هذا المعنى **قوله** وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع فسر أكثر الشراح المضاربة المطلقة هاهنا بأن لا يكون مقيدة بزمان ولا مكان أقول هذا التفسير منهم حدا لأنها إذا لم تكن مقيدة بزمان ولا مكان ولكن كانت مقيدة بسلعة بعينها أو كانت مقيدة بالمعاملة لفلان بعينه لم تكن مطلقة بل كانت مقيدة لم تكن للمضارب أن يتجاوزها كما سيأتي وقال بعض الفضلاء من الشراح في تفسير المضاربة المطلقة هاهنا أي غير مقيدة بالمكان والزمان والسلعة أقول فيه أيضا نوع تقصير لخروج ما كانت مقيدة بالمعاملة لفلان بعينه عن هذا التفسير أيضا مع أنها ليست بمطلقة حيث يصح ذلك التقييد كما سيأتي في الكتاب فالأولى في تفسيرها أن يقال هي التي لم تقيد بزمان ولا مكان ولا نوع من التجارة ولا بشخص من المعاملين وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط إذا دفع مالا مضاربة بالنصف ولم يزد على هذا فهذه مضاربة مطلقة وله أن يشتري بها ما بدا له من سائر التجارات وله أن يعمل بها ما هو من عادات التجار انتهى **قوله** ولا يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله قال صاحب العناية ولا يرد جواز إذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والإجارة للمستأجر والإعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فإنها أمثال لا يجانسها وقد تضمنت أمثالها لأن المضاربة تضمنت الأمانة أولا والوكالة ثانيا وليس للمودع والوكيل الإيداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره انتهى كلامه أقول الظاهر أن قوله لأن المضاربة تضمنت الأمانة إلى آخره تعليل لقوله ولا يرد جواز إذن المأذون إلى آخره لكنه منظور فيه لأن حاصله إقامة دليل آخر على عدم جواز أن يضارب المضارب غيره بتضمن المضاربة الأمانة والوكالة اللتين لا يجوز فيهما الإيداع والتوكيل ولا يلزم منه عدم ورود النقض بالصور المذكورة على الدليل المذكور في الكتاب وهو قوله لأن الشيء لا يتضمن مثله فلا يتم التقريب والوجه في الجواب عن النقض بتلك الصور ما ذكر في بعض الشروح من أن الكلام في التصرف نيابة وهؤلاء يتصرفون بحكم المالكية أما المأذون فلأن الإذن فك الحجر ثم بعد ذلك يتصرف العبد بحكم المالكية الأصلية وأما المكاتب فلأنه صار حرا يدا وأما المستأجر والمستعير فلأنهما ملكا المنفعة **قوله** ورجع المال مضاربة على حاله قال صاحب العناية فإن قيل قوله رجع المال مضاربة يدل على أنها زالت وإذا زال العقد لا يرجع إلا بالتجديد أجيب بأنه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل لأن الخلاف إنما يتحقق بالشراء والغرض خلافه وإنما قال رجع بناء على أنه صار على شرف الزوال وأما على رواية المبسوط فإنها زالت وإلا موقوفا حيث ضمنه بنفس الإخراج انتهى أقول قوله إنه على رواية الجامع الصغير لم يزل لأن الخلاف إنما يتحقق بالشراء مخالف لما حققه المصنف رحمه الله وغيره فيما سيأتي من أن شرط الشراء في رواية الجامع الصغير

كما اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه ومعنى التخصيص ان يقول له على ان تعمل كذا او في مكان كذا وكذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لانه تفسير له او قال فاعمل به في الكوفة لان الفاء للوصل او قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق اما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله ان يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال على ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لانه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا قال على ان تشتري بها من اهل الكوفة او دفع في الصرف على ان تشتري به من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع هذا هو المعروف قال وكذلك ان وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه لانه توكيل فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد وانه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان قال وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال لقرابة او غيرها لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد اخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف قال فان كان في المال ربح لم يجز له ان يشتري من يعتق عليه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال او يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود ولو اشترى ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة وان لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم لانه لا مانع من التصرف اذ لا شركة له فيه ليعتق عليه فان زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لانه لا صنع من جهته في زيادة قيمته ولا في ملكه الزيادة لان هذا شيء يثبت من طريق الحكم فصار كما اذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لانه احتبست ماليته عنده فيسعى فيه كما في الوراثة قال فان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد يساوي الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمدعي موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتق ووجهه ان الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما اعني الام والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صار اعيانا كل عين منها يساوي راس المال لا يظهر الربح كذا هنا فاذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت القيمة لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك اما هذا اخبار فجاز ان ينفذ عند حدوث الملك كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه واذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه فلا ضمان اعتاقا ولا بد من التعدي ولرب المال ان يستسعى الغلام لانه احتبست ماليته عنده وله ان يعتق لان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة رح

لتقرر الضمان لا لاصل وجوبه وانما وجوبه بنفس الاخراج اذ حينئذ يتحقق الخلاف بمجرد الاخراج على رواية الجامع الصغير ايضا فالحق في الجواب ان يكتفي بان يقال ان الضمان زائل بالاخراج زوالا موقوفا فاذا لم يشتر ورد المال الى البلد الذي عينه رب المال سقط الضمان وعادت المضاربة الى حالها والعقد انما لا يرجع الا بالتجديد فيما اذا زال زوالا مقطوعا غير موقوف على شيء **قوله** الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه قال في معراج الدراية فان قيل يشكل على هذا ما ذكر في الذخيرة انه لو قال بع بالنسيئة ولا تبع بالنقد او على العكس حيث لو باع بالنقد او بالنسيئة لا يكون مخالفا مع صريح النهي اذا كان البيع بالنقد والنسيئة لا يتفاوت قلنا لا بد من مخالفة بالخير فلا يكون مخالفة خلافا لزفر رح وهذا كما لو وكله بان يبيع عبده بالف فباعه بالفين يجوز عندنا خلافا لزفر رح لانه مخالفة بالخير انتهى اقول في كل واحد من السؤال والجواب خبط اما في الاول فلان قوله او على العكس غير صحيح اذ لم يذكر كون الجواب في عكس قوله بع بالنسيئة ولا تبع بالنقد كالجواب فيه لا في الذخيرة ولا في شيء من الكتب الشرعية واما في الثاني فلان قوله هذا مخالفة بالخير مما لا يكاد يصح بعد درج العكس المذكور في الاشكال لانه اذا كان البيع بالنقد مخالفة بالخير فيما اذا كان السعر بالنقد والنسيئة غير متفاوت لم يتصور كون البيع بالنسيئة في العكس مخالفة بالخير ايضا وهذا ظاهر جدا فالصواب ان يطرح حديث العكس من السؤال كما فعله غيره **قوله** ومعنى التخصيص ان يقول على ان تعمل كذا او في مكان كذا الى آخره يعني ان معنى التخصيص يحصل بان يقول كذا وكذا اي بهذه الالفاظ ومقصوده تمييز ما يفيد التخصيص من الالفاظ عما لا يفيد ذلك وجملة ذلك على ما عينوا ثمانية ستة منها تفيد التخصيص فيعتبر شرطا واثنان منها لا يفيده فيعتبر مشورة والضابط لتمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيده هو ان رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يصح التلفظ به ابتداء ويصح متعلقا بما قبله يجعل متعلقا بما قبله لئلا يلغو ومتى ذكر عقيبها ما يصح الابتداء به لا يجعل متعلقا بما قبله لانتفاء الضرورة هذا خلاصة ما ذكر ههنا في عامة الشروح والكافي اقول فيه شيء وهو انهم اتفقوا على ان قول رب المال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة برفع تعمل وبجزمه من تلك الالفاظ الستة التي تفيد التخصيص مع انه يصح الابتداء بتعمل مرفوعا على ان يجعل كلاما مستأنفا كما يصح الابتداء باللفظين اللذين حصروا فيهما ما يصح الابتداء به في باب المضاربة وهما قوله واعمل به بالواو وقوله اعمل به بغير الواو فمقتضى الضابط المذكور ينبغي ان يكون قوله تعمل به في الكوفة بالرفع مما لا يفيد التخصيص ايضا فتأمل **قوله** اما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله ان يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة فان قيل لماذا لم يجعل الواو للحال كما في قوله اد الي الفا وانت حر قلنا لانه غير صالح للحال ههنا لان حال العمل لا يكون وقت الاخذ وانما يكون العمل بعد الاخذ كذا في النهاية وعامة الشروح اقول ينتقض هذا الجواب بما اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة بالرفع فانهم جعلوا قوله تعمل به بالكوفة مما يفيد التخصيص وقد صرح في النهاية ومعراج الدراية بان قوله تعمل على الاعرابين بالرفع على الحال وبالجزم على جواب الامر مع ان العلة التي ذكروها في الجواب المزبور لعدم صلاحية قوله واعمل به بالكوفة للحال وهي كون العمل بعد الاخذ لا وقت الاخذ جارية بعينها في قوله تعمل به بالكوفة بالرفع فيلزم ان لا يصلح للحال ايضا وان قالوا انها حال مقدرة كما في قوله تعالى محلقين رؤسكم ومقصرين يرد ان يقال لم لم يكن الامر كذلك في قوله واعمل به بالكوفة حتى تنحسم مادة الاشكال فذلك الجواب غير تام والجواب التام عن اصل السؤال الحاسم لمادة الاشكال ان يقال ان قوله واعمل به بالكوفة جملة انشائية وقد تقرر في العلوم العربية ان الجمل الانشائية لا تصلح ان تقع حالا سواء كانت مع الواو او بدونها وهذا مع وضوحه جدا كيف خفي على الشراح حتى تركوه وتشبثوا بما يرد عليه الاشكال والشارح العيني قد اعترض على الجواب الذي ذكره جماعة الشراح بعد ان ذكره ايضا بانه لم لا يجوز ان يكون قوله واعمل به بالكوفة حالا منتظرة كما في قوله تعالى محلقين رؤسكم ولم يرد على هذا شيئا فهو ايضا غفل عن عدم صلاحية الجمل الانشائية لان تقع حالا ثم ان بعض الفضلاء تدارك ما اورده الشارح العيني وقصد توجيه الجواب الذي ذكره الجماعة فقال توجيهه حالا مقدرة خلاف الظاهر فكانه ايضا غافل عن عدم صلاحيته لذلك لان تقع حالا **قوله** والمدعي موسر قال الشارح وانما قيد بقوله والمدعي

ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار ثم اذا قبض رب المال الالف له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر ان الجارية كلها ربح فتكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فاذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية ام ولد له ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعا كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ما مر

باب المضارب يضارب

قال واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب المال وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وقالا اذا عمل به ضمن ربح او لم يربح وهذا ظاهر الرواية وقال زفر رح يضمن بالدفع عمل او لم يعمل وهو رواية عن ابي يوسف رح لان المملوك له الدفع على وجه الايداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولابي حنيفة رح ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا انه اذا ربح فقد اثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره

موسر لنفي شبهة هي ان الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب هو ضمان اعتاق في حق الولد وضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار وكان الواجب ان يضمن المضارب اذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن انتهى كلامهم اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان القيد المذكور لا ينفي الشبهة على التقرير المزبور بل يؤيدها سيما اذا جعل قولهم ومع ذلك لا يضمن من تمام الشبهة كما هو الظاهر من تقريرهم وانما الذي ينفي الشبهة على التقرير المزبور ما ذكره المصنف رح فيما سيأتي بقوله ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد انتهى فالظاهر في تقرير فائدة القيد المذكور ان يقال انما قيد به تنبيها على عدم اختصاص عدم وجوب الضمان على المضارب بحالة اعساره فانه اذا لم يجب الضمان عليه في حالة يساره فلان لا يجب ذلك عليه في حالة اعساره اولى بخلاف ما لو ذكر الكلام غير مقيد بذلك فانه يحتمل ان يكون محمولا على حالة اعساره فقط **قوله** ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار قال في الكافي فان قيل لما ذا لا تجعل الامة رأس المال وجميع الولد ربحا قلنا لان ما يجب على الولد من السعاية في جنس رأس المال والامة ليست من جنس رأس المال فكان تعيين الالف من السعاية لرأس المال اولى انتهى واقتفى اثره في هذا السؤال وهذا الجواب عامة شراح هذا الكتاب وقال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب المزبورين وفيه نظر لانا اذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاد وجب قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال انتهى اقول نظره ساقط جدا لانا لو جعلنا الجارية رأس المال لم تعتق بالاستيلاد لان من شرط كونها ام ولد للمضارب ان يكون المضارب مالكا لها وعلى تقدير ان تجعل هي رأس المال تكون مملوكة لرب المال دون المضارب فلا تصير ام ولد للمضارب ولا تعتق فلا يجب قيمتها على المضارب فلا يتحقق المجانسة وهذا مع ظهوره جدا كيف خفي على صاحب العناية فاورد النظر المزبور على الجواب الذي ارتضاه جمهور الثقات كصاحب الكافي وشراح الكتاب وغيرهم ثم ان بعض الفضلاء قال في دفع النظر المزبور وجوابه ان الاستسعاء مقدم لان الولد اصل في الدعوة والحرية والام متبعة وينبغي ان يكون مراد المجيب هذا انتهى اقول الجواب الذي ذكره هذا القائل وان كان مما يصلح ان يكون جوابا عن اصل السؤال كما اشار اليه المصنف رح بقوله لان الالف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما انتهى الا انه لا يصلح ان يكون مراد المجيب بالجواب الذي هو محل النظر اذ لو كان مراده هذا لما ترك ذكره بالكلية وتشبث بمناسبة المجانسة التي لا مدخل لها في تمشية هذا الجواب اذ التقدم في الاستيفاء والاستيفاء امر مستقل في اقتضاء كون الالف المأخوذ من الولد رأس المال دون الجارية ونظر صاحب العناية على ذلك الجواب المبني على المجانسة فلا يدفعه هذا الجواب وانما الدافع القاطع له ما حققناه من قبل ثم ان الشارح العيني بعد ان ذكر اصل السؤال والجواب المزبورين نقلا عن الكافي وبعد ان ذكر نظر صاحب العناية على ذلك الجواب نقلا عنه قال قلت الولد ارجحهما فترجح بسبب ظهور الربح من جهته انتهى اقول لا ارى لهذا معنى مفيدا فان ظهور الربح من جهته لا يقتضي رجحان كون رأس المال هو الالف المأخوذ منه دون قيمة الجارية بل الالف المناسب لظهور الربح من جهته ان يكون الالف المأخوذ منه ايضا من الربح تأمل

باب المضارب يضارب لما ذكر حكم المضاربة الاولى ذكر في هذا الباب حكم المضاربة الثانية اذ الثانية تتلو الاولى ابدا فكذا بيان حكمها في النهاية ومعراج الدراية وهو المختار عندي وذكر فيهما وجه آخر ايضا وهو ان المضاربة مفردة ومضاربة المضاربة مركبة والمركب يتلو المفرد ابدا واختاره صاحب الغاية والعناية اقول فيه تعسف لان مضاربة المضارب وان كانت بعد مضاربة رب المال الا انها مفردة ايضا غير مركبة من المضاربتين قطعا الا يرى ان الثاني ابدا يتلو الاول ولكنه ليس بمركب من الاول ومن نفسه قطعا وانما المركب منهما الاثنان نعم ان مضاربة المضارب لما اقتضت المضاربة الاولى جاز ان يحصل من مجموعهما امر مركب في العقل لكنه ليس بمدار الحكم في هذا الباب كما لا يخفى على ذوي الالباب **قوله** وبعده ابضاع قال بعض الفضلاء فيه بحث والظاهر ان يقول توكيل كما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي انتهى اقول ليس الامر كما فهمه فان المحكوم عليه ههنا بانه ابضاع انما هو الدفع لا عقد المضاربة والذ

[illegible]

تنافي الايضاع فيلائم التوكيل انما هو عقد المضاربة لا الدفع نفسه فانه انما يلائم الايداع قبل العمل والايضاع بعده لا التوكيل لان التوكيل تفويض التصرف لاجل الموكل الى غيره وهذا المعنى لا يحصل من الدفع نفسه بخلاف عقد المضاربة كما لا يخفى واما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي فلم يحكم على الدفع نفسه بانه توكيل حيث قال فيه وجه المروي عن ابي حنيفة رح ان العقد المجرد لا يوجب الضمان ولهذا لا يضمن الفضولي بمجرد بيع مال الغير والا بالتسليم لاجل التصرف لانه ايداع وتهيئة ذلك ولا بالتصرف لانه وكيل فيه على ما بينا من قبل انتهى ولا يخفى ان المفهوم منها ان المضارب وكيل لا ان الدفع نفسه توكيل ولا كلام في ان المضارب وكيل بحكم عقد المضاربة واما انه وكيل بحكم الدفع فقط فلم يقل به احد **قوله** وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة قال في النهاية ومعراج الدراية اي الضمان عليهما في الربح او العمل على الاختلاف الذي ذكرنا فيما اذا كانت المضاربة صحيحة وقال في الغاية وشرح العيني اي وجوب الضمان على الاول او عليهما بالربح او العمل على ما ذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة اقول لا يحتمل ان يكون المشار اليه بهذا ههنا وجوب الضمان عليهما اي على المضارب الاول والثاني بل كون المشار اليه ههنا هو الضمان على الاول متعين لان المذكور في الكتاب هو ضمان الاول لا غير ولم يمر من المصنف رح الى الآن شيء يشعر بضمان الثاني ايضا فكيف يصح ان يجعل كلمة هذا ههنا اشارة الى الضمان عليهما وشان اسم الاشارة ان تشاربه الى المحسوس المشاهد او ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد على ما عرف في محله ووجوب الضمان على الثاني مما لم يشم رائحته قط الى الآن فضلا عن ان يجعل بمنزلة المحسوس المشاهد على ان المصنف رح ههنا بصدد بيان ما ذكر في الكتاب من ضمان الاول لرب المال واما ان الثاني هل يضمن ايضا ام لا فسيبينه بعد مفصلا بقوله ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني الى آخره فهو ههنا بمعزل عنه **قوله** لانه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما اذا دفع مال نفسه اقول لقائل ان يقول هذا التعليل انما يمشي على قول زفر لان تحقق المخالفة بالدفع الى الغير انما هو قول زفر رح وعند ابي يوسف رح ومحمد رحمه الله لا يتحقق المخالفة بالدفع ما لم يعمل وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يتحقق بالدفع ولا بالعمل ما لم يربح وقد مر ذلك كله ولا يخفى ان الاهم بالبيان والتعليل ههنا قول ابي حنيفة رح لكونه المذكور في الكتاب ثم قولهما لكونه ظاهر الرواية فلا ينبغي ان يساق التعليل على وجه يختص بقول زفر رح فليتامل في التوجيه

فصل قوله واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز وهذه من مسائل الجامع الصغير وقد تكلم الشراح في امر التقييد بعبد رب المال فيها فقال صاحب النهاية التقييد بعبد رب المال لا للشرط فان الحكم في عبد المضارب كذلك ايضا ونقل من الذخيرة والمعنى تفصيلا يدل على ذلك وقال صاحب معراج الدراية التقييد بعبد رب المال لا للشرط فان حكم عبد المضارب كذلك وكذا لو شرط الاجنبي وكذا كل من لا يقبل شهادة المضارب او شهادة رب المال له وقيل قيد بعبد رب المال لان فيه خلافا فالبعض اصحاب الشافعي رح وبعض اصحاب احمد رح وفي غيره لا خلاف وجه قول البعض ان يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء فيما ذكره بقيل حيث قال بعد نقل ذلك عنه وفيه بحث لانه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب او الاجنبي على ان يكون له الثلث انتهى اقول لا يفهم لهذا البحث وجه ورود على ذلك المنقول اصلا بل هذا يؤيد ذلك لان قوله لانه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب الى آخره يصير بيانا لما قيل وفي غيره لا خلاف فلا منافاة بين البحث ومورده فضلا عن المنافاة ثم ان محصول ذلك المنقول انه اذا كان في عبد رب المال خلاف لا في غيره كان ذكر عبد رب المال محل الاحتياط والاهتمام دون ذكر غيره فلذلك قيد به وهذا مما لا يقدح فيه البحث المذكور اصلا كما لا يخفى على الفطن

وفصل في العزل والقسمة **قال** واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل

وقال صاحب العناية قوله ولعبد رب المال في مقابلته شيئا ان عند المضارب والاجنبي وليس ذلك باحتراز عن الاول لان حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز ان يكون احترازا عن الثاني فانه اذا شرط ذلك الاجنبي على ان يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي معه صحت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق براس المال او بالعمل ولم يوجد من ذلك شئ انتهى كلامه اقول فيه بحث لانه لا يكاد ان يحصل الاحتراز بقوله ولعبد رب المال عن الاجنبي اصلا اي سواء شرط ان يعمل مع المضارب او لم يشترط اما اذا شرط ذلك فلان حكم الاجنبي حينئذ عين حكم عبد رب المال حيث يصح الشرط والمضاربة جميعا فكيف يتصور الاحتراز مع الاتحاد في الحكم واما اذا لم يشترط ذلك فلانه وان تغير الحكم حينئذ حيث يبطل الشرط لكن السبب فيه عدم اشتراط العمل لا كونه اجنبيا فالاحتراز عنه انما يحصل بقوله على ان يعمل معه لا بقوله ولعبد رب المال الا يرى انه لو قال بدل قوله ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه وللاجنبي ثلث الربح على ان يعمل معه لاخرج الاجنبي الذي لم يشترط له العمل مع المضارب من حكم المسئلة ايضا فلم يكن لقوله ولعبد رب المال مدخل في الاحتراز عنه اصلا وقال صاحب الكفاية التقييد بعبد رب المال مع ان الحكم في عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهم ان يد العبد يد للمولى فيمتنع التخلية فقال هو جائز انتهى كلامه اقول هذا هو الحق عندي ولقد اشار اليه المصنف رح في تعليل المسئلة حيث قال لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا ثم قال واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين رب المال والمضارب

فصل في العزل والقسمة اي في عزل المضارب وقسمة الربح لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح ذكر في هذا الفصل الحكم الذي يوجد بعد ذلك لان عزل المضارب بعد تحقق عقد المضاربة وكذا القسمة بعد تحقق المال الربح **قوله** واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل قال في العناية اخذا من النهاية ورد بانه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال مرة اخرى اذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيئا كالوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعده فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك عنده ثانيا لم يرجع به عليه مرة اخرى وبانه لو كان توكيلا لانعزل اذا عزله رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضا كما في الوكيل اذا علم به وبانه لو كان توكيلا لما كان المضارب على مضاربته اذا لحق رب المال بدار الحرب مرتدا ثم عاد مسلما كالوكيل والجواب عن ذلك كله سياتي انتهى كلامه يريد بالجواب الآتي عن الرد الاول ما ياتي في الكتاب قبيل فصل الاختلاف من بيان الفرق بين المضاربة والوكالة في المسئلة الاولى وبالجواب الآتي عن الرد الثاني ما ياتي في الكتاب هنا في هذا الفصل من بيان علة عدم انعزال المضارب في المسئلة الثانية وبالجواب الآتي عن الرد الثالث ما ياتي في الشروح في المسئلة الآتية المتصلة بما نحن فيه من بيان وجه المسئلة الثالثة اقول الذي يعلم مما ذكر في المواضع الثلثة الآتية انما هو الفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل الثلث وبذلك لا يحصل الجواب عن الرد بالوجوه الثلثة المذكورة ههنا لان حاصله القدح في الدليل الذي ذكره المصنف بقوله لانه توكيل بانه لو كان توكيلا لما خالف حكمه حكم التوكيل في المسائل الثلث المذكورة وبالفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل لا يظهر كون المضاربة توكيلا حتى يندفع رد الدليل المذكور ههنا بتلك المسائل بل يظهر به خلاف ذلك فيتاكد الرد والاشكال فان قلت المراد بما في الدليل المذكور ان المضاربة توكيل في بعض الاحكام دون جميعها فلا يقدح فيه اختلافهما في وجوه الثلثة المذكورة قلت فحينئذ لا يفيد الدليل المدعى اذ لا يلزم من كون المضاربة توكيلا في بعض الاحكام كونها توكيلا فيما نحن فيه فلا يتم التقريب فان قيل اراد انها توكيل في بعض الاحكام الذي من جملته ما نحن فيه قلنا فحينئذ لا يصلح ما ذكر في معرض الدليل لان يكون دليلا اصلا لصيرورته اخفى من المدعى ولا اقل من

وان ارتد رب المال عن الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لان اللحوق بمنزلة الموت الا ترى انه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لان له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة قال فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا

فصل

يتوقف على علمه وان علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على رأس المال وانما ينض بالبيع قال ولا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا آخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل قال فان عزله ورأس المال دراهم او دنانير وقد نضت لم يجز له ان يتصرف فيها لانه ليس في اعماله ابطال حقه في الربح فلا ضرورة قال رضي الله عنه وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس رأس المال فان لم يكن بان كان دراهم ورأس المال دنانير او على القلب له ان يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض

ان تصير مثل المدعى في المعرفة والجهالة فلا يتم المطلوب تأمل **قوله** وان ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة قال الشراح هذا اذا لم يعد مسلما اما اذا عاد مسلما قبل القضاء بلحاقه او بعده وكان عقد المضاربة على ما كان اما قبل القضاء بلحاقه فلانه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة واما بعد القضاء به فلان حق المضارب كما لو مات حقيقة وعزاه جماعة منهم الى المبسوط اقول فيه اشكال اما اولا فلانه لو مات حقيقة بطلت المضاربة قطعا كما مر في المسئلة المتقدمة آنفا فكيف يصح قولهم كما لو مات حقيقة اللهم الا ان يفيد قولهم كما لو مات حقيقة بحال كون المال عروضا فان المضارب لا ينعزل حينئذ كما سيأتي في الكتاب واما ثانيا فلانه ان كانت علة بقاء عقد المضاربة على حاله فيما اذا عاد مسلما بعد القضاء بلحاقه هي بقاء حق المضارب كان ينبغي ان يبقى على حاله فيما اذا لم يعد ايضا بهذه العلة فليتأمل ثم اقول الذي يظهر من تعليل المصنف رح هذه المسئلة ومما ذكر في بعض المعتبرات ان لا يكون فرق في بطلان المضاربة بين ما اذا لم يعد مسلما وبين ما اذا عاد مسلما بعد لحوقه بدار الحرب مرتدا سيما بعد القضاء بلحاقه اما ظهور ذلك من تعليل المصنف هذه المسئلة فلانه قال في تعليلها لان اللحوق بمنزلة الموت عندنا الا يرى انه يقسم ماله بين ورثته ولا يخفى ان المضاربة لا تبقى بعد الموت على ما كانت بل تبطل بالموت قطعا كما مر فكذا بما هو بمنزلة الموت واما ظهوره مما ذكر في بعض المعتبرات فلانه قال في البدائع ولو ارتد رب المال فباع المضارب او اشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول ابي حنيفة رح ان رجع الى الاسلام بعد ذلك نفذ ذلك كله والتحق ردته بالعدم في جميع احكام المضاربة وصار كانه لم يرتد اصلا وكذا اذا لحق بدار الحرب ثم عاد مسلما قبل ان يحكم بلحاقه بدار الحرب على الرواية التي يشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته وصيرورة امواله ميراثا لورثته فان مات او قتل على الردة او لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة انتهى ولا يخفى ان المفهوم من قوله ثم عاد مسلما قبل ان يحكم بلحاقه بدار الحرب بطلان المضاربة لو عاد مسلما بعد ان يحكم بلحاقه بدار الحرب وتعليقه على الرواية التي يشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته بطلانها ولو عاد قبل ان يحكم بلحاقه على الرواية التي لم يشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته وان الظاهر من اطلاق قوله فان مات او قتل على الردة او لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة بعد ان تعرض لعوده مسلما فيما سبق بطلانها بعد القضاء بلحاقه وان عاد مسلما وقال الامام الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد ولو ارتد رب المال ثم قتل او مات او لحق بدار الحرب فان القاضي يخير البيع والشرى على المضارب والربح له ويضمنه رأس المال في قياس قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح ومحمد رح هو على المضاربة بالولاية الاصلية فيتوقف ويبطل بالموت او بالقضاء باللحوق ولو لم يرفع الامر الى القاضي حتى عاد المرتد مسلما جاز جميع ذلك على المضاربة لانه انتقضت ردته قبل اتصال القضاء بها فيبطل حكمها انتهى ولا يخفى ان الظاهر من هذا ايضا انه لو عاد مسلما بعد القضاء بلحوقه بطلت المضاربة بالاتفاق **قوله** ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في معنى كلام المصنف رح هذا احتمالان كان عليهما احدهما ان يكون قوله هذا ناظرا الى قوله وان ارتد رب المال ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد اللاحق بدار الحرب فالمضاربة على حالها اي هي غير باطلة وثانيهما ان يكون قوله هذا ناظرا الى قوله وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة رحمه الله فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد قبل لحوقه فالمضاربة على حالها اي لا يتوقف تصرفه عند ابي حنيفة رح ايضا بل يجوز جميع تصرفاته عندهم جميعا وقد ذهب الى المعنى الاول صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال في شرح قول صاحب الوقاية وتبطل بموت احدهما ولحاق المالك مرتدا بخلاف لحاق المضارب بدار الحرب مرتدا حيث لا تبطل المضاربة لان له عبارة صحيحة انتهى واقتفى اثره من المتأخرين صاحب الدرر والغرر وصاحب الاصلاح والايضاح وهو الظاهر من نفس عبارة الوقاية ايضا حيث اضيف فيها الموت المبطل الى احدهما مطلقا واللحاق المبطل الى المالك فقط فدلت على ان لحاق المضارب لا تبطل بناء على ان تخصيص الشئ بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق كما نصوا عليه اقول ذلك المعنى ليس بصحيح عندي اذ قد تقرر في باب احكام المرتدين ان المرتد اذا لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام ولقد افصح عنه المصنف رح في هذا الفصل ايضا حيث قال في تعليل بطلان المضاربة اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب لان اللحوق بمنزلة الموت الا يرى

وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها **قال** وإذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون لأنه بمنزلة الأجير والربح كالأجر له وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لأنه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به ويقال له وكّل رب المال في الاقتضاء لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد فلا بد من توكيله وتوكّله كيلا يضيع حقه قال في الجامع الصغير يقال له أحِل مكان قوله وكّل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار يجبران على التقاضي لأنهما يعملان بأجرة عادة **قال** وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال لأن الربح تابع وصرف الهلاك إلى ما هو التبع أولى كما يصرف الهلاك إلى العفو في الزكوة فإن زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب لأنه أمين وإن كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه أو كله ترادّا الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال لأن قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لأنه هو الأصل وهذا بناء عليه وتبع له فإذا هلك ما في يد المضارب أمانة تبين أن ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لأنه أخذه لنفسه وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله وإذا استوفى رأس المال فإن فضل شيء كان بينهما لأنه ربح وإن نقص فلا ضمان على المضارب لما بينا فلو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادّا الربح الأول لأن المضاربة الأولى قد انتهت والثانية عقد جديد وهلاك المال في الثانية لا يوجب انتقاض الأولى كما إذا دفع إليه مالا آخر

انه القسم ماله بين ورثته انتهى فاذا كان كذلك فاني يمكن تصرف الميت حتى يصح تصرف المضارب على حاله بعد ان لحق بدار الحرب مرتدا على ان بطلان المضاربة اذا لحق المضارب بدار الحرب وقضى بلحاقه مصرح به في المعتبرات قال في البدائع وان مات المضارب او قتل على الردة بطلت المضاربة لان موته في الردة كموته قبل الردة وكذا اذا لحق بدار الحرب وقضى بلحاقه لان ردته مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه انتهى فالحق هو المعنى الثاني وهو مراد المصنف رح كما يرشد اليه قوله في تعليله ولا توقف في ملك رب المال اذ لا ريب ان هذا القول للاحتراز عن التوقف في ملك رب المال عند ابي حنيفة رح اذا كان هو المرتد والتوقف في ملكه عنده انما يكون قبل اللحاق لا بعده فلا بد ان يكون المراد ههنا ايضا ما يكون قبل اللحاق لئلا يلغو هذا القول في التعليل ويشير اليه زيادة الشراح فيه قولهم جميعا بعد قوله جميعا فالمضاربة على حالها حيث قالوا فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا اذ لا شك ان زيادة هذا القيد للايماء الى تحقق الخلاف بين ائمتنا فيما اذا كان رب المال هو المرتد ولا خلاف فيه بعد اللحوق وانما الخلاف فيه قبل اللحوق حيث يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة رح لما يتوقف عنده ما بقي في ملكه فلا بد ان يكون المراد بالوفاق في بقاء المضاربة على حالها فيما اذا كان المضارب هو المرتد هو الوفاق فيه قبل اللحوق ليظهر فائدة زيادة ذلك القيد تدبر **قوله** وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها وفي بعض النسخ وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها فكلمة هذا في قوله وعلى هذا اشارة الى قوله لا يمنعه العزل من ذلك يعني لا ينعزل المضارب بالعزل الحكمي اذا كان المال عروضا بل يبيعها بعد العزل كما لا ينعزل بالعزل القصدي في تلك الصورة لان عدم عمل العزل فيها لئلا يلزم ابطال حق المضارب ولا تفاوت في ذلك بين ذينك العزلين ثم ان ضمير المؤنث في قوله ونحوها راجع الى العروض اي ونحو العروض في حق البيع بان كان رأس المال دراهم والنقد دنانير او على القلب هذا ما ذهب اليه اكثر الشراح وهو المختار عندي واما صاحب غاية البيان فقال واراد بقوله ونحوها ما اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب وقتل او مات مرتدا ثم باع المضارب العرض جاز بيعه على المضاربة لما قلنا والضمير في نحوها على هذا يرجع الى موت رب المال على تأويل المنية فينبغي ان يقال برفع الواو اقول فيه نظر لانه مع ابتنائه على تأويل بعيد من حيث اللفظ مختل من حيث المعنى اما على النسخة الثانية فظاهر لان ما هو نحو الموت انما هو اللحوق بدار الحرب مرتدا وقد ذكر هذا صريحا في تلك النسخة بقوله ولحوقه بعد الردة فلم يبق بعد ذلك محل لان يقال ونحو الموت واما على النسخة الاولى فلانه قد ادرج الموت في بيان ما هو المراد بقوله ونحوها حيث قال واراد بقوله ونحوها ما اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب وقتل او مات فيلزم ان يكون الموت نحو الموت وهو باطل ثم قال صاحب الغاية ويجوز ان يرجع الى بيع العروض بان يعطي للمضاف حكم المؤنث باعتبار اضافته الى المؤنث كما في قوله كما شرقت صدر القناة من الدم فعلى هذا يقال بجر الواو اقول هذا ايضا مع كونه تعسفا من حيث اللفظ ركيك من حيث المعنى لانه يوهم ان يجوز للمضارب بعد موت رب المال تصرف آخر في مال المضاربة نحو تصرف بيع العروض وليس كذلك ثم قال ويجوز ان يرجع الى العروض على معنى في بيع العروض وفي بيع نحو العروض كما اذا كان رأس المال دراهم والمال دنانير او على العكس لانها نحو العروض في ان المضارب لا ينعزل بموت رب المال انتهى كلامه اقول الآن حصحص الحق والعجب انه جعل هذا ابعد الاحتمالات مع كونها اقربها لفظا ومعنى **قوله** وان لم يكن ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به قال بعض الفضلاء هذا منقوض بالكفيل فانه متبرع ويجبر على ايفاء ما تبرع به فتأمل انتهى اقول هذا النقض مدفوع بان المراد ان المتبرع الغير اللازم لا يجبر على ايفاء ما تبرع به والكفيل ملتزم لان يطالب بما على الغير على ما عرف في محله فلا يرد النقض به وبعبارة اخرى ان المراد ان المتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به في العقود الغير اللازمة والكفالة عقد لازم على ما عرف ايضا في محله فلا انتقاض ولئن سلم اطلاق الكلام ههنا فهو مجرى على موجب القياس والكفيل ضامن بالنص وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم على ما مر في كتاب الكفالة فلا ضير في خروجه اذ القياس ترك فيه بالنص وبقي على حاله فيما عداه فتأمل

فصل فيما يفعله المضارب [illegible]

[illegible]

فصل فيما يفعله المضارب قال في غاية البيان وكان القياس ان لا يذكر الفصل ههنا بل كان ينبغي ان تذكر المسائل المذكورة فيه في اول الكتاب عند قوله واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع الا انه ذكر الفصل ههنا لزيادة الافادة لانه ذكر ههنا ما لم يذكره ثمه انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان ما ذكره بقوله الا انه ذكر الفصل ههنا لزيادة الافادة لانه ذكر ههنا ما لم يذكره ثمه لا يجدي شيئا في دفع ما ذكره اولا لان زيادة الافادة انما تقتضي ان لا يقتصر على ما ذكر في اول الكتاب بل يذكر مجموع ما ذكر ههنا وما ذكر ثمه ولا تقتضي ان يذكر بعضها ثمه وبعضها ههنا في فصل على حدة فيبقى مقتضى القياس الذي ذكره في اول كلامه على حاله فتبصر وقال في النهاية والعناية ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال المضارب زيادة للافادة وتنبيها على مقصودية افعال المضارب بالاعادة انتهى اقول لا يرد على هذا التقرير ما يرد على ذلك لكن فيه شيء آخر يجب حله وهو ان قوله وتنبيها على مقصودية افعال المضارب بالاعادة ينافي بحسب الظاهر قوله ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال المضارب لان الاعادة تقتضي الذكر مرة اولى وقد قال ولا ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال المضارب وحل ذلك ان المراد بالاعادة اعادة جنس افعال المضارب لا اعادة خصوص ما ذكر منها واعادة جنسها انما تقتضي ذكر جنسها مرة اولى لا ذكر خصوص ما يعاد من جنسها فلا منافاة تامل **قوله** لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره الى آخره اقول فيه شيء وهو ان الدليل قاصر عن افادة تمام المدعى اذ لا يجري في صورة خلط مال المضاربة بماله وهي داخلة ايضا في المدعى كما ترى **قوله** فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة قال صاحب العناية وكلام المصنف رح يوهم اختصاص الابضاع ببعض المال حيث قال من مال المضاربة وليس كذلك فان الدليل لم يفصل بين كونه بعضا او كلا وبه صرح في الذخيرة والمبسوط انتهى اقول الظاهر في بيان ابهام كلام المصنف رح اختصاص الابضاع ببعض المال ان يقال حيث قال شيئا من مال المضاربة فان منشأ الابهام انما هو مجموع قوله شيئا من مال المضاربة لا قوله من مال المضاربة فقط لجواز ان يراد بكلمة من البيان لا التبعيض الا يرى انه لو قال فان دفع ما اخذه قبضه من مال المضاربة الى رب المال بضاعة تعين البيان وارتفع الابهام كما لا يخفى على الفطن بخلاف ما اذا قال فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فانه قريب من التصريح ببعض المال كما لا يشتبه على ذي فطرة سليمة وعن هذا قال صاحب النهاية وهذا اللفظ كما ترى يقتضي ان يكون المدفوع الى رب المال بعض مال المضاربة ولم يقل حيث قال من مال المضاربة واما صاحب الكافي فلما رأى لفظ المصنف رح موهما للاختصاص بابضاع بعض المال غيره فقال فان دفع المضارب مال المضاربة او شيئا منه الى رب المال بضاعة واشترى رب المال وباع فهي مضاربة بحالها انتهى **قوله** وقال زفر رح تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه لا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا يصح اذا شرط العمل عليه ابتداء قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال زفر رح رب المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل اذ لم يصرح فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصلح اشتراط العمل عليه ابتداء اقول هذا الشرح لا يطابق المشروح فان الظاهر منه ان علة فساد المضاربة عند زفر رح في مسئلتنا هذه كون تصرف رب المال في مال نفسه بغير توكيل بناء على عدم تصريح المضارب بالتوكيل فيفهم منه ان المضارب لو صرح بالتوكيل لصح المضاربة عنده ايضا في هذه المسئلة وليس كذلك اذ الظاهر من المشروح ان علة ذلك عنده كون رب المال متصرفا في مال نفسه غير صالح لان يكون وكيلا فيه بناء على ان المرء لا يصلح وكيلا لغيره فيما يعمل في ملك نفسه ولقد افصح عنه صاحب الكافي حيث قال قال زفر رح تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه لان المرء فيما يعمل في ملكه لا يصلح وكيلا لغيره فصار مستردا انتهى **قوله** فان كان معه ثياب فقصر بها او حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع قال صاحب العناية

[illegible] **فصل آخر قال** [illegible] **قال** [illegible] **قال** [illegible]

وانما ذكرها بعد بيان تمهيد القوله وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ اقول هذا الكلام منه ليس بشيء لانه ان اراد ان هذه المسئلة مرت بعينها وخصوصياتها كذلك قطعا وان اراد انها مرت في ضمن الاصل المذكور فيما مر حيث اندرجت تحت النوع الثالث من ذلك الاصل فهو مسلم ولكن المسئلة الثانية ايضا مرت بهذا المعنى حيث اندرجت تحت النوع الثاني من ذلك الاصل فلا وجه لجعل الاولى تمهيد الثانية مع الاشتراك في المورد بالمعنى المزبور بل لم تكن مسئلة من مسائل الفصل المقدم خارجة من احد انواع ذلك الاصل فيلزم التكرار في كل واحدة منها على ما زعمه فالحق ان كل واحدة من هاتين المسئلتين مقصودة بالبيان ههنا من حيث خصوصيتها كسائر المسائل ولا ينافيه اندراجها تحت اصل كلي مما كيف وتفريع الفروع على الاصول من هذا القبيل مع انه المسلك المعتاد في عامة المواقع **قوله** واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برايك انتظامه الخلطة فلا يضمنه قال في العناية فان قيل المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به متعديا غاصبا فيجب ان يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما اجيب بان الكلام في مضارب قيل له اعمل برايك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ اختلط ماله بمال المضاربة فصار شريكا فلم يكن غاصبا فلا يضمن قال وبهذا اندفع ما قيل المضارب اما ان يكون ماذونا بهذا الفعل او غير ماذون فان كان ماذونا وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين انه خرج عن كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة لان فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك انتهى كلامه اقول في آخر كلامه خلل لان الظاهر من تعليل اندفاع ما قيل بقوله لما تبين انه خرج عن كونه غاصبا انه اختار كونه غير ماذون لان كونه غاصبا انما جعل فيما قبل فرعا لكونه غير ماذون فتعليل اندفاع ذلك تبين انه خرج عن كونه غاصبا يقتضي اختيار كونه غير ماذون فحينئذ لم يحتج الى ذكر قوله لكنه لم يقع على المضاربة الى آخره لان وقوعه على المضاربة انما جعل فيما قبل فرعا لكونه ماذونا فاذا اختار كونه غير ماذون كان استدراك عدم وقوعه على المضاربة مستدركا فان قلت مراده ان لفعل المضارب ههنا وهو صبغها احمر جهتين مختلفين اولهما خلط مال المضاربة بمال نفسه وثانيهما الاستدانة على المالك وان المضارب ماذون بهذا الفعل وغير ماذون باعتبار تينك الجهتين المختلفتين كما ذكره صاحب النهاية وفصله بما لا مزيد عليه قلت مع عدم مساعدة آخر كلام هذا الشارح ولا اوله الذي اشار اليه بقوله وبهذا اندفع لذلك التوجيه الذي ذكره صاحب النهاية وفصله ليس ذلك بتام في نفسه اذ لا يرى وجه يقتضي ان يكون لفعل المضارب هذا جهة الاستدانة على المالك على ان الجهتين المذكورتين متضادين لا يمكن اجتماعهما في فعل واحد حتى يصير المضارب باعتبارهما ماذونا في فعله هذا وغير ماذون ثم اقول الصواب عندي في دفع ما قيل ان المضارب اما ان يكون ماذونا بهذا الفعل او غير ماذون الى آخره ان يختار كونه ماذونا به بقوله اعمل برايك ويمنع وقوعه على المضاربة حينئذ اذ الاذن المذكور ليس بمقصود على ان يتصرف المضارب في مال المضاربة وحده بل ليعم التصرف في مال المضاربة منفردا او منضما الى غيره مما له حاجة في التمييز كخلط مال المضاربة بماله او بمال غيره على ما تقرر في بيان النوع الثاني من الاصل المار ذكره وقد اشار اليه المصنف رح ههنا بقوله واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برايك انتظامه الخلطة فلا يضمنه تدبر

فصل آخر لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة ذكرها في فصل على حدة ولما لم تكن من نفس مسائل المضاربة التي لا بد منها للمضاربة آخر ذكرها **قوله** بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب يعني ان الغاصب اذا توكل ببيع المغصوب يصير وكيلا ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب وجب عليه الضمان ولم يصر امينا قال صاحب العناية بعد هذا البيان وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو تعذر رد تقدم على قبض الامانة فيجوز ان يصير امينا وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته لاثبات حكمين متنافيين ثم قال ويمكن ان يجاب عنه بان مقصود المشتري دفع استحالة اجتماعهما واما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل ان رجع عليه بالف اخرى اصلا فاما ههنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق بزيادة المال الذي يستوفيه من الربح وحمله على الاستيفاء [illegible]

فصل في الاختلاف **قال** واذا كان مع المضارب الفان فقال دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك الفين فالقول قول المضارب وكان ابو حنيفة رح يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع الى ما ذكره في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات للاثبات **قال** ومن كان معه الف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح الفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله او شرطا من جهته او يدعي الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة او مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب

فاخترنا اهون الامرين بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري انتهى اقول في الجواب نظر اما اولا فلان قول المصنف رح لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب صريح في اثبات امكان جعله مستوفيا بمجامعة الوكالة الضمان في صورة توكل الغاصب ببيع المغصوب فكيف يمكن ان يقال مقصوده مجرد دفع استحالة اجتماعهما ولئن سلم ذلك فلا يندفع به النظر المذكور لان حاصله ان السبب في صورة توكل الغاصب ببيع المغصوب متعدد وفيما نحن فيه واحد فلا يلزم من امكان اجتماعهما هناك امكان اجتماعهما ههنا واما ثانيا فلان قوله واما كونه مستوفيا فثابت يدفع الضرر عن الموكل ليس بتام لان الضرر اللازم للموكل على تقدير ان يرجع عليه الوكيل بالف اخرى انما هو الضرر الضروري الغير الناشي من صنع الوكيل اذ الكلام فيما اذا هلك الثمن المدفوع الى الوكيل من غير تعد منه ولا محذور شرعا في مثل هذا الضرر حتى يجعل الموكل مستوفيا لاجل دفع ذلك عنه فيجب عليه الضمان مع كونه يد امانة الا يرى ان الوديعة اذا هلكت في يد المودع من غير تعد منه يلزم المودع مثل هذا الضرر مع انه لا يجب على المودع الضمان لدفع ذلك عن المودع بلا ريب واما ثالثا فلان قوله واما ههنا فحق رب المال لا يضيع الى قوله فاخترنا اهون الامرين غير متمش فيما اذا هلك الالف والعبد معا اذ لا يبقى حينئذ شيء من راس المال حتى يلحق الهالك فيستوفيه رب المال من الربح والظاهر ان جواب المسئلة وهو دفع رب المال الثمن الهالك ورجوع المضارب عليه مرة بعد اخرى جار في هذه الصورة ايضا بناء على الدليل المذكور في الكتاب قال في النهاية ومعراج الدراية ذكر الامام المحبوبي ثلثة اوجه في الفرق بين المضارب والوكيل احدها ما ذكر في الكتاب والثاني انا لو لم نحمل قبض الوكيل على الاستيفاء لابطلنا حق الموكل اصلا لانه اذا رجع عليه بالف اخرى ضاع ذلك اصلا فاما ههنا فحق رب المال لا يضيع اذا حملنا على الامانة لانه يلحق براس المال ويستوفيه من الربح ولو حمل على الاستيفاء يلحق المضارب ضرر فوجب اختيار اهون الامرين والثالث ان الوكيل لما اشترى فقد انعزل عن الوكالة فلا يرجع على الموكل بعده فاما المضارب فلا ينعزل بالشراء ويتصرف في كل مرة لرب المال فيرجع عليه في كل مرة انتهى اقول في كل واحد من تلك الاوجه الثلثة نظر اما في الاول فلما عرفته انفا واما في الثاني والثالث فلان كل واحد منهما يقتضي ان لا يرجع الوكيل على الموكل في مرة اولى ايضا اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء مع انهم صرحوا برجوعه عليه في المرة الاولى في تلك الصورة اما اقتضاء الثاني ذلك فلان ابطال حق الموكل يتحقق بالرجوع في المرة الاولى ايضا لعلة مذكورة واما اقتضاء الثالث اياه فلان انعزال الوكيل عن الوكالة لما تحقق بالاشتراء كان الرجوع بالهلاك بعد الاشتراء رجوعا بما حدث بعد زوال الامانة بالانعزال ولو كان في مرة اولى وايضا يرد على الوجه الثاني ما اوردناه ثانيا وثالثا على جواب صاحب العناية عن نظره تامل تقف ثم اقول الحق عندي في الفرق بين المضارب والوكيل في مسئلتنا هذه ان يقال قبض الوكيل بعد الشراء استيفاء لانه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فانه بمنزلة البائع من الموكل حيث انعقد بينهما مبادلة حكمية كما مر في كتاب الوكالة فاذا قبض الثمن بعد الشراء صار مستوفيا له فصار مضمونا عليه فاذا هلك بعده لم يكن له ان يرجع به على الموكل ولهذا لم يرجع عليه اصلا فيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه الثمن فهلك ولم يرجع عليه الا مرة فيما اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء امانة في يده وهلك بعد الشراء وقد اشار اليه المصنف رح بقوله لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعله مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل الشراء امانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر

فصل في الاختلاف اي في الاختلاف بين رب المال والمضارب اخر هذا الفصل لان الاختلاف في الرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين المسلمين **قوله** ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب قال صاحب العناية وسماه مضاربا وان اتفق على عدمه لاحتمال ان يكون مضاربا في الاول ثم اقرضه انتهى وقد سبقه الى هذا التوجيه تاج الشريعة اقول تسمية احد المتخالفين مضاربا عند تحقق اتفاقهما على خلافه بمجرد احتمال ان يكون مضاربا في الاول مما لا يقبله فطرة سليمة

اذن المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص بعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته فيكون القول له ولو اقاما البينة فالبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول

جدا والاقرب عندي انه سماه مضاربا للمشاكلة بما ذكر في جواب هذه المسئلة على طريقة قوله تعالى تعلم ما في نفسي ولا اعلم ما في نفسك وقول الشاعر ؎ قالوا اقترح شيئا نجد لك طبخه، قلت اطبخوا لي جبة وقميصا، قوله لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر حمل صاحب النهاية التملك في قول المصنف رح يدعي عليه التملك على تملك الربح حيث قال اي تملك الربح وسلك صاحب العناية ايضا هذا المسلك حيث قال لانه يدعي عليه تمليك الربح اقول الظاهر ان مراد المصنف رح بالتملك ههنا تملك الاصل المال اذ دعوى الاستقراض دعوى تملك اصل المال واما تملك الربح فانما تابع لتملك اصل المال في هذه الدعوى فحمل التملك ههنا على تملك الربح لا يخلو عن قبح اما اولا فلما اشرنا اليه من ان الاصل في دعوى تملك اصل المال وتملك الربح من فروع ذلك وحمل التملك في الدليل على تملك الربح يوهم خلاف الاصل واما ثانيا فلان دعوى تملك الربح قد ينفك عن دعوى تملك اصل المال كما اذا ادعى المضاربة فان المدعى هناك استحقاق الربح دون استحقاق اصل المال فادعى مجرد تملك الربح لا يدل على تمام المدعى فيما نحن فيه على ان الشائع في الاستعمال عندهم استحقاق الربح دون تملك الربح واما تمليك الربح كما ذكره صاحب العناية ففي نفس صحته ايضا اشكال يظهر ذلك كله بالتامل الصادق وتتبع قواعد الفقه واقوال الائمة قوله والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة قال صاحب النهاية ورب المال ايضا محتاج الى اثبات ما ادعاه ليصل حقه اليه بل بينة رب المال اقوى بالقبول لاثباتها امرا عارضا وهو الضمان وشرعية البينات لاثبات الامر العارض غير الظاهر كما في بينة الخارج مع بينة ذي اليد فكان هذا مما يتامل في صحته وان كانت رواية الايضاح تساعده ايضا انتهى كلامه وقال صاحب العناية قال المصنف رح لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة واعترض عليه بان البينة للاثبات لا للنفي وبان الآخر يدعي الضمان فكيف لا يحتاج الى البينة واجيب بان اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزم منها نفي الضمان فاقام المصنف رح اللازم مقام الملزوم كناية وبان ما يدعيه من المخالفة فهو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر فلا يحتاج الى بينة الى ههنا كلامه اقول جوابه عن ثاني وجهي الاعتراض ليس بسديد لان الثابت باقرار الآخر انما هو النوع الذي يدعيه الآخر لا المخالفة لاذن رب المال فانه يدعي الموافقة له وسبب الضمان انما هو المخالفة فلا يتم التقريب والصواب في الجواب عنه ان يقال عدم احتياج رب المال الى البينة في مسئلتنا هذه لا لانه ليس يدعي شيئا بل لان القول قوله لكون الاذن مستفادا من جهته كما تقرر فيما مر آنفا وكان ما يدعيه ثابتا بقوله فلم يحتج الى البينة ولهذه النكتة قال المصنف رح وعدم حاجة الآخر الى البينة ولم يقل وعدم قبول بينة الآخر وبهذا الجواب يظهر اندفاع ما توهمه صاحب النهاية في استشكال ما ذكره المصنف رح ههنا فتدبر قوله ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى اقول لقائل ان يقول هذا مناقض لما ذكره آنفا من ان البينة بينة المضارب بجواز ان يكون صاحب الوقت الاخير رب المال ويمكن التطبيق بان يحمل ما ذكره اولا على عدم التوقيت قال صاحب العناية بعد ان ذكر قول المصنف رح ولو وقتت البينتان الى آخره وان لم يوقتا او وقتا على السواء او وقتت احديهما دون الاخرى فالبينة لرب المال اقول يرد عليه ان هذا ينافي ما ذكره المصنف رح من ان البينة بينة المضارب اذ لا يمكن ان يحمل هذا على التوقيت وذاك على عدم التوقيت كما ترى ولقد احسن صاحب النهاية في اسلوب التحرير ههنا حيث لم يزد على قول المصنف رح ولو وقتت البينتان الى آخر شيئا من المسائل التي زادها عليه صاحب العناية بل تعرض لشرحه وتمثيله فقط ولقد قال بعد ما استشكل قول المصنف رح فيما قبل والبينة بينة المضارب الى آخره واما صاحب الذخيرة رحمه الله وشكر مساعيه جعل حكمه بينة المضارب ورب المال في دعوى الخصوص والعموم في دعويهما الخصوص واحدا وذكرها في الذخيرة مفصلا مشروحا فيها المسائل التي ذكرها صاحب العناية عقيب قول المصنف رح ولو وقتت البينتان الى آخره فكان ذكر تلك المسائل في تحرير صاحب النهاية منسوبا الى صاحب الذخيرة فلا يضره منافاة ذلك لما ذكره المصنف رح لاعترافه بان ما ذكره المصنف رح ههنا مطابق لرواية الايضاح دون رواية الذخيرة

كتاب الوديعة

قال الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فيتعطل مصالحهم **قال** وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد عرف في اول كتاب الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقي من الادنى الى الاعلى لان الوديعة امانة بلا تمليك شيء وفي العارية تمليك المنفعة بلا عوض وفي الهبة تمليك العين بلا عوض وفي الاجارة تمليك المنفعة بعوض وهي عقد لازم واللازم اقوى واعلى مما ليس بلازم فكان في الكل الترقي من الادنى الى الاعلى كذا في الشروح ثم محاسن الوديعة ظاهرة اذ فيها اعانة عباد الله تعالى في الحفظ ووفاء الامانة وهو من اشرف الخصال عقلا وشرعا قال عليه الصلوة والسلام الامانة تجر الغنى والخيانة تجر الفقر وفي المثل الامانة اقامته للمملوك مقام السلوك والخيانة اقامته الملوك مقام المملوك ثم ان الوديعة لغة فعيلة بمعنى المفعولة مشتقة من الودع وهو الترك عن ابن عباس رضي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لينتهين اقوام عن ودعهم الجمعات اي عن تركهم اياها قال شمر زعمت النحوية ان العرب اماتوا مصدر يدع والنبي عليه السلام افصح العرب وقد رويت عنه هذه الكلمة وسميت الوديعة بها لانها شيء يترك عند الامين كذا في المغرب وبعض الشروح قال صاحب العناية وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة بها لانها تترك بيد امين انتهى اقول فيه سماجة ظاهرة اذ ليست الوديعة في اللغة بمعنى الترك بل هي في اللغة بمعنى المتروكة وانما الذي بمعنى الترك هو الودع فلا يصح قوله وتفسيرها لغة الترك الا بتاويل بعيد لا يساعده لفظه وهو ان يراد بذلك انها مشتقة من الودع الذي هو الترك وقال جماعة من الشراح الوديعة في الشريعة عبارة عن التسليط على حفظ المال اقول الظاهر ان الوديعة في الشريعة ايضا هي المال المودع الذي يترك عند الامين لا نفس التسليط على حفظ المال وانما التسليط على حفظ المال هو الايداع وعن هذا قال صاحب الكافي والكفاية الايداع لغة تسليط الغير على حفظ اي شيء كان مالا او غير مال يقال اودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده فانا مودع ومستودع بكسر الدال فيهما وزيد مودع ومستودع بالفتح فيهما والمال مودع ووديعة وشريعة تسليط الغير على حفظ المال انتهى حيث فسرا الايداع بالتسليط المذكور دون الوديعة وقالا والمال مودع ووديعة واقول فيما ذكر في الكافي والكفاية ايضا شيء لان محصول ذلك ان معنى الايداع لغة اعم من معناه شريعة لاختصاص الثاني بالمال وتناول الاول المال وغيره ولكن المفهوم من معتبرات كتب اللغة كالصحاح والقاموس والمغرب وغيرها اختصاص الاول ايضا بالمال لان المذكور فيها عند بيان معناه يقال اودعته مالا اي دفعته اليه ليكون وديعة عنده فلو لم يكن له اختصاص بالمال في اللغة ايضا لما اطبق ارباب اللغة على ذكر المال في بيان معناه بل كان اللائق بهم ان يقولوا يقال اودعته شيئا اي دفعته اليه ليكون وديعة عنده والعجب من صاحبي الكافي والكفاية انهما بعد ان قالا الايداع لغة تسليط الغير على حفظ اي شيء كان مالا او غير مال والا ايضا يقال اودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده وليس فيما استشهدا به شيء يوهم العموم بل فيه ما يشعر بالخصوص كما عرفت آنفا فكان اللائق بهما جدا ترك ذلك **قوله** الوديعة امانة في يد المودع الى آخره قال صاحب النهاية فان قيل الوديعة والامانة كلاهما عبارتان عن معبر واحد فكيف جوز بينهما المبتدأ والخبر اذ لا يجوز ايقاع اللفظين المترادفين مبتدأ وخبرا الا على طريق التفسير كقولك الليث اسد والحبس منع ومراد المصنف ههنا ليس تفسير الوديعة بالامانة قلنا جاز ذلك ههنا بطريق العموم والخصوص فان الوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بان هبت الريح في ثوب انسان والقته في حجر غيره والحكم في الوديعة انه يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق وفي الامانة لا يبرأ بعد الخلاف كذا نقل عن الامام بدر الدين الكردري الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب الكفاية قال الشيخ الامام بدر الدين رحمه الله الفرق بين الوديعة والامانة بالعموم والخصوص فالوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد

ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به

بان هبت الريح في ثوب انسان والقته في حجر غيره والحكم في الوديعة انه يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق في الامانة الى هنا كلامه اقول يرد على الجواب المزبور والفرق المذكوران التقرير المسفور يقتضي ان يكون بين الوديعة والامانة تباين لا عموم وخصوص فانه قد اعتبر في الاولى القصد وفي الاخرى عدم القصد وهما لا يجتمعان في مادة اصلا وكذا جعل حكم الاولى ان يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وحكم الاخرى ان لا يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وهما متناقضان لا يترتبان على شيء واحد فلا يتصور بينهما عموم وخصوص بل يتعين التباين وحمل احد المتباينين على الآخر غير صحيح قطعا فلا يتم التقريب قال صاحب العناية ههنا قد ذكرنا ان الوديعة في الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة اعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد كما اذا هبت الريح في ثوب فالقته في بيت غيره واذا كان كذلك جاز حمل الاعم على الاخص انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان الامانة مباين للوديعة بهذا المعنى لانها اعم منه بل المراد بالوديعة ما يترك عند الامين انتهى اقول قد كان لاح لي ما ذكره من حيث كون الوديعة بهذا المعنى مباينا للامانة مع كلام آخر وهو انه يلزم حينئذ انه لا يصح قول المصنف رحمه الله الوديعة امانة في يد المودع اذ التسليط على الحفظ امر معنوي لا يمكن ان يكون في يد المودع ولكن دفعتهما معا بحمل كلام صاحب العناية على المسامحة بان يكون مراده بقوله هو التسليط على الحفظ هو ما يحصل بسبب التسليط على الحفظ فيكون حمل نفس التسليط على الوديعة من قبيل الاسناد المجازي فلا ينافي هذا ان تكون الوديعة في الحقيقة ما يترك عند الامين فيندفع المحذوران المزبوران معا ثم ان هذا التوجيه وان كان بعيدا عن ظاهر اللفظ الا انه لا بد من المصير اليه تصحيحا لكلمات ثقات الناظرين في هذا المقام فان ذينك المحذورين يردان على ظاهر لفظ كل واحد منهم الا يرى انه قال في النهاية والكفاية فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد وقال في غاية البيان لان الوديعة عبارة عن كون الشيء امانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصدا والامانة قد يكون من غير قصد الى غير ذلك من عبارات المشايخ بقي ههنا شيء وهو ان ما ذكره الشراح ههنا من ان الامانة اعم من الوديعة بناء على اعتبار القصد في الوديعة دون الامانة مخالف لما صرحوا به في اواخر باب الاستثناء من كتاب الاقرار من ان الوديعة قد تكون من غير صنع صاحبها كاللقطة فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا اذا هبت الريح فالقت ثوبا في دار انسان وما ذكره المصنف رحمه الله هناك من ان الوديعة قد تكون من غير صنعه فلا يقتضي المخالفة لجواز ان يكون مراده بقوله من غير صنعه من غير صنع المقر لا من غير صنع صاحب الوديعة كما يرشد اليه قوله هناك حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف وقد نبهت عليه هناك فتدبر ثم ان صاحب النهاية بعد ان ذكر الجواب الاول ونسبه الى الامام بدر الدين الكردري كما مر قال والاولى من الجواب فيه ان يقال لفظ الامانة صار علما لما هو غير مضمون فكان قولنا هو امانة عنده اي غير مضمون عليه من غير تفاوت بين اللفظين بوجه من الوجوه حتى ان لفظ الامانة يصحب استعماله في جميع الصور التي لا ضمان فيه واراد بالوديعة ما وضع للامانة بالايجاب والقبول وكانا متغايرين فصح ايقاعهما مبتدأ وخبرا انتهى اقول فيه نظر اذ لو كان المراد بالامانة المذكورة في الكتاب يعني غير مضمون لما احتيج الى ذكر قوله اذا هلكت لم يضمن للقطع بقبح ان يقال الوديعة غير مضمونة على المودع اذا هلكت لم يضمن لكون الثاني مستدركا وقد رد عليه الشارح العيني بوجه آخر حيث قال بعد نقله قيل فيه لان العلم ما وضع لشيء بعينه وغير مضمون ليس كذلك وليت شعري اي علم هذا من اقسام الاعلام انتهى كلامه اقول دفع هذا اسهل لان لفظ الامانة ان كان علما لما هو غير مضمون كان من اعلام الاجناس كاسامة فانه علم لجنس الاسد وسبحان فانه علم لجنس التسبيح الى غير ذلك من اعلام الاجناس التي ذكرت في كتب النحو وبينوا دخولها في تعريف العلم بما وضع لشيء بعينه غير متناول بوضع واحد فمن اتقن مباحث ذلك في محالها لا يشتبه عليه الامر فيما نحن فيه قوله ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به اقول فيه شيء وهو ان قوله وكان المالك راضيا به يشعر بكون مدار جواز دفع الوديعة الى عياله رضى المالك به وذلك يقتضي عدم جواز دفعها اليه عند عدم رضاه به وليس كذلك فان المالك اذا نهى عن دفعها الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن كما سيأتي في الكتاب فالظاهر ان مدار ذلك هو الضرورة كما هو المفهوم من قوله ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله فالاولى ان يترك قوله فكان المالك راضيا به ويقال بدله فامتناع الحفظ بعياله يقتضي سد باب الودائع وتعطل مصالح العباد كما وقع في شرح القدوري للامام الزاهدي

فان حفظها بغيرهم او دعها غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي تختلف في الامانة ولان الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره ايداع الا اذا استاجر الحرز [illegible]

قوله فان حفظها بغيرهم او دعها غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي تختلف في الامانة اقول فيه ايضا شيء وهو ان ظاهر هذا التعليل ايضا يقتضي ان يضمن ايضا اذا حفظها بيد من في عياله لا بيد نفسه لان يد من غير يد نفسه فالاظهر ان يقال لان المالك رضي بيدهم لا بيد غيرهم على نهج قوله في نفس المسئلة فان حفظها بغيرهم او دعها غيرهم على صيغة الجمع الشاملة لنفسه وعياله كما وقع في شرح القدوري للامام الزاهدي حيث قال لان الايدي تختلف في الامانة فلا يكون راضيا بيدهم رضي بيد غيرهم قوله ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها قال بعض الفضلاء فيه تامل فان المعلول ههنا جواز الشركة والعلة امكان القسمة والقسمة نفسها من موجبات نفس الشركة انتهى اقول هذا ساقط فان القسمة نفسها ليست من موجبات الشركة قطعا ولا شك انه لا يجب على المشتركين في شيء قسمة ذلك الشيء بل يجوز ان يتصرفا فيه على الاشتراك من غير قسمة ابدا فانما الذي من موجبات نفس الشركة وجوازها هو جواز القسمة لا القسمة نفسها فلا يصلح ان يكون جواز القسمة فيما نحن فيه علة موجبة للشركة لئلا ينقلب المعلول علة فان المعلول ههنا عندهما جواز الشركة قبل ان تتعلق مشيئة للمودع بالشركة ونفس الشركة بعد ان تتعلق مشيئته بها وكلاهما كانا موجبان جواز القسمة تامل قوله وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة عند ابي حنيفة رح الى آخره قال صاحب العناية في حل هذا المحل قالوا اذا كان الطريق امنا فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق واذا كان امنا وله بد من السفر فكذلك وان لم يكن وسافر باهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه امكنه تركها في اهله انتهى اقول هذا تحرير مختل وحل فاسد لانه ان كان مقول القول في قالوا مجموع ما ذكره بان كان قوله اذا كان الطريق امنا شرطا وما بعده جزاء فسد المعنى جدا اذ يلزم حينئذ ان يكون ما كان الطريق مخوفا قسما ما كان امنا فيلزم ان يكون ضد الشيء قسما منه وهو باطل قطعا وان كان مقول ذلك قوله اذا كان الطريق امنا فقط بان معناه قالوا هذا الذي ذكر في الكتاب اذا كان الطريق امنا كما هو المطابق لما في الكافي وسائر الشروح وكان قوله فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق بيانا لحكم كون الطريق مخوفا في المسافرة بالوديعة وكان قوله واذا كان امنا وله بد من السفر الى آخره تفصيلا لحكم كون طريق امنا في المسافرة بالوديعة فسد معنى المقام ايضا لانه ان اريد بقوله اذا كان الطريق امنا في قوله قالوا اذا كان الطريق امنا ما هو عام لما كان له بد من السفر وما لم يكن كما هو الظاهر من اطلاق اللفظ كان قوله في التفصيل واذا كان امنا وله بد من السفر فكذلك منافيا لذلك قطعا وان اريد بذلك ما هو مقيد بان لم يكن له بد من السفر فمع كون اللفظ غير مساعد له ينافيه قوله في التفصيل وان سافر بنفسه ضمن لانه قسم من ذلك التقييد كما ترى مع ان حكمه وهو الضمان مخالف لما ذكر في الكتاب على ان ما ذكر في الكتاب فيما اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه كما يقتضيه اطلاق اللفظ ويدل عليه قطعا قول المصنف رح فيما بعد واذا نهاه المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن ولم يذكر في واحد من كتب الفقه ولم ينقل عن احد قط التفصيل الذي ذكره صاحب العناية في صورة ان كان الطريق امنا ولم يعين المالك المصر للحفظ فيه وانما ذكروا ذلك التفصيل في صورة ان كان الطريق مخوفا وان عين المالك المصر للحفظ فيه فالصواب في هذا المقام تحرير صاحب النهاية حيث قال هذا كله اذا كان الطريق امنا اما اذا كان مخوفا وله بد من السفر ضمن بالاتفاق وكذا الاب والوصي وان لم يكن له بد من السفر ان سافر باهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه تمكنه ان يتركها في اهله كذا في الجامع الصغير لقاضي خان انتهى وتحرير صاحبي الكفاية ومعراج الدراية حيث قالا هذا اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه بل اطلق فان عين الحفظ في المصر سافر ان كان سفر له منه بد ضمن وان كان سفرا لا بد له منه فان امكنه الحفظ مع السفر بان امكنه

وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان يأخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ولهذا كان له ان يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع اليه ولابي حنيفة رح انه طالبه بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها

ان يترك واحدا من عياله مع الوديعة في المصر ضمن وان لم يمكنه ذلك لم يضمن انتهى وكان صاحب العناية لم يفرق بين الحالين فخلط الكلام وافسد معنى المقام

قوله وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان يأخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك قال في العناية وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على ان المراد بموضع الخلاف والمذكور في مختصر القدوري من قوله وديعة المكيل والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون انتهى اقول فيه بحث اذ ليس فيما ذكره من رواية الجامع الصغير ما يشعر بحصر وضع المسئلة فيما القيم حتى يدل به على ان موضع الخلاف هو الكيل والموزون وقوله لان المذكور فيه الالف وهو موزون ليس بشئ اذ لا شك ان الالف انما ذكر فيه على سبيل التمثيل لا الحصر كيف ولو افاد ذلك الحصر لكان وضع المسئلة المذكورة فيه غير متناول للمكيل اصلا بمقتضى قوله وهو موزون ولا للموزون الذي هو غير الالف فيفوت المطلوب وقال في معراج الدراية قال ابو جعفر في الكشف في هذه الرواية من الفائدة ما ليس في رواية كتاب الوديعة وذلك ان رواية كتاب الوديعة القاضي لا يأمر المودع بالدفع وكان يجوز ان يقول قائل ان كان القاضي لا يأمر المودع بالدفع فله ان يأخذه ديانة فلما قال في الجامع ليس له ان يأخذه زالت هذه الشبهة وفائدة اخرى ان رواية كتاب الوديعة في اثنين ورواية الجامع في الثلثة فلولا رواية الجامع لكان لبعض ان يقول نصيب الواحد الحاضر من الثلثة اقل من نصيب الغائبين فيصير مستهلكا ويجعل تبعا للاكثر فلا يؤخذ من المودع فاما نصيب الحاضر من الرجلين فلا يكون مستهلكا ولا تابعا فله اخذه فتبين برواية الجامع ان كليهما سواء انتهى اقول في الفائدة الاخرى نظر لان جواب المسئلة في رواية الجامع الصغير ان ليس للحاضر ان يأخذ نصيبه عند ابي حنيفة رح وهذا لا يدفع توهم قائل ان علة عدم الاخذ في هذه الصورة قلة نصيب الحاضر بل يؤيده لمساعدة هذه الرواية ذلك الاحتمال وانما يدفعه رواية كتاب الدعوى لان نصيب الحاضر ليس باقل من نصيب الغائب في تلك الرواية فلا مجال لتوهم ان يكون علة عدم دفع نصيب الحاضر اليه قلة نصيبه فتلك الفائدة الاخرى انما تظهر لو ذكرت رواية كتاب الوديعة بعد ذكر رواية الجامع الصغير على عكس ما في الكتاب اللهم الا ان يكون بناء تلك الفائدة على قول ابي يوسف رح ومحمد رح في هذه المسئلة دون قول ابي حنيفة رح فحينئذ تظهر على ترتيب الكتاب تأمل تقف

قوله بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه اي حق المديون لان الديون تقضى بامثالها فلا يكون هذا تصرفا في حق الغير بل يكون المديون متصرفا في مال نفسه فيجوز كذا في النهاية وغيرها قال صاحب العناية بعد ان شرح هذا المقام هكذا وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك انتهى اقول هذا النظر في غاية السقوط لان المديون مأمور بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك اذ لا شك انه يجب على المديون قضاء دينه فلما لم يتصور قضاء الدين بعينه بل لا بد من ان يقضى بمثله وجب على المديون للدائن دفع مثل دينه من مال نفسه الى دائنه فكان مأمورا به وبالجملة ليس كل ما يجب على الانسان للانسان دفع عين ما اخذه منه بل قد يكون دفع مثله وبدله كما فيما نحن فيه فلا محذور قطعا ثم قال صاحب العناية والحق ان الضمير في حقه للشريك لا للمديون كما وقع في الشروح ومعناه لان الشريك يطالب المديون بتسليم اي بقضاء حقه وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بامثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان كلام المصنف رح لا يساعده لان الضمير في حقه لو كان للشريك دون المديون لم يتم استدلاله على قوله لانه يطالبه بتسليم حقه بقوله لان الديون تقضى بامثالها اذ كون قضاء الديون بامثالها لا باعيانها لا يدل على ان الشريك يطالب المديون بتسليم حق نفسه لان المثل مال المديون فلم يكن حق الشريك بل كان حق المديون فقضاء الدين بالمثل لا يكون تسليم حق الشريك بل يكون تسليم حق المديون فهذا مما لا يستقيم له واما ثانيا فلان ما توهمه في نظره السابق من لزوم كون الانسان مأمورا بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك اولى بالورود على تقريره بنفسه دون ما ذكرنا في سقوطه لانه قال وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بامثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة

[illegible]

ولو دفعه للمودع لا يسلمها في رحلك فسلمها اليه لا يضمن ... كما اذا نهاه ان يدفعها الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد منه لا يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة ... وكما اذا كانت شيئا لا يحفظ في يد النساء ... ان كان مفيدا ... قال وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن لان الشرط غير مفيد فان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز وان حفظها في دار اخرى ضمن لان الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط

قال من اودع رجلا وديعة فاودعها آخر فهلكت فله ان يضمن الاول وليس له ان يضمن الآخر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا له ان يضمن ايهما شاء فان ضمن الاول لا يرجع على الآخر وان ضمن الآخر رجع على الاول لهما انه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لان المالك لم يرض بامانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدي منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك واما الثاني فمستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره **قال** ومن كان في يده الف فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له اودعها اياه وابى ان يحلف لهما فالالف بينهما وعليه الف اخرى بينهما وشرح ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة لاحتمال الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقين وبايهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا اقرع بينهما تطييبا لقلبيهما ونفيا للتهمة ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني فان حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة وان نكل اعطي للثاني يقضي له لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول بخلاف ما اذا اقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي به

انتهى وهذا احق بالتوجيه كما ترى والمدفوع ما اوضحناه من قبل **قوله** له ان ياخذه اي قول الخصم في هذه المسألة كذا وهو الامامان على ما مر وقد تعسف فيه الشارح العيني حيث قال والضمير في قوله يرجع الى القائل المعهود في الذهن اي قول القائل نصرة لقولهما كذا انتهى ولا يخفى ما فيه واما سائر الشراح فلم يتعرض احد منهم لتوجيه افراد ضمير قوله ههنا **قوله** قلنا ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع الى آخره جواب عن قول الامامين له ان ياخذه تقريره ان جواز الاخذ لا يستلزم ان يجبر المودع على الدفع اذ الجبر ليس من ضرورات الجواز اي من لوازمه لانفكاكه عنه كما اذا كانت له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه اي لغريم المودع بكسر الدال ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفع اليه كذا في العناية وغيرها اقول ههنا اشكال وهو ان هذا الجواب لا يتمشى على رواية الجامع الصغير فان جواب المسألة فيها فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه عنده وهو دال على عدم جواز اخذ احد الشريكين نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند ابي حنيفة رحمه الله والجواب المذكور في الكتاب يشعر بجواز اخذ احد الشريكين نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند ابي حنيفة رح ايضا وان لم يجبر المودع على دفع ذلك اليه عنده كجواز اخذ غريم المودع بالكسر ما اودعه عند انسان اذا ظفر به من المودع بالفتح وان لم يكن للمودع ان يدفعه اليه اذ لو لم يكن المراد بالجواب المزبور تجويز اخذ الشريك الحاضر نصيبه من المودع بدون ان يجبر المودع على دفع ذلك اليه عند ابي حنيفة رح لما احتيج في الجواب عن قولهما ولهذا كان له ان ياخذه الى التشبث بحديث ان ليس من ضرورات جواز الاخذ ان يجبر المودع على الدفع بل لما افاد ذلك الحديث المقصود بل كان الواجب في الجواب عن قولهما المذكور منع جواز الاخذ ايضا فالجواب المزبور انما يتمشى على ما ذكر في مختصر القدوري وهو المسمى عند الفقهاء برواية كتاب الدعوى كما سمعت فيما مر واعلم ان صاحب غاية البيان قال في شرح قولهما ولهذا كان له ان ياخذه فكذا هو ليس بالدفع اليه لو كان المال في ايدي الشريكين كان لواحد منهما ان ياخذ نصيبه بغير رضى الآخر فكذلك ههنا له ان ياخذ نصيبه من المودع ثم قال في شرح الجواب عنه والجواب عن قولهما لو كان في ايديهما كان ان ياخذ نصيبه نقول لا يلزم من ذلك ان ياخذ نصيبه من المودع الا ترى ان الغريم اذا اخذ من مال غريمه جنس حقه جاز ولا يجبر على الرد ولا يجوز ان ياخذ حقه من مودع الغريم اذا اخذ من الغريم وهذا معنى قوله كما اذا كان له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه الى هنا كلام ذلك الشارح اقول فعلى هذا الاستخراج تمشي هذا الجواب على كلتا الروايتين ولكن لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام ان تقرير المصنف رح لا يساعده ذلك جدا تبصر **قوله** وشرح ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة اي على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة ان يكون الالف الواحد مودعا مع اثنين بكماله كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو الحق عندي في معنى هذا المقام فتتميم التعليل حينئذ بقوله لاحتمالها الصدق بلا كلفة اصلا واما بعض الفضلاء فقد قصد توجيه المقام بالحمل على صحة دعواهما على سبيل الاجتماع حيث قال في بيانه بان يودعه احدهما فيشتري المودع سلعة من الآخر ويسلمه اليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه ايضا انتهى اقول ليس هذا بشيء لان ما ذكر في اصل المسألة من قوله فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له اودعها اياه يدل على ان كل واحد منهما ادعى انها ملك له في الحال وانه اودعها اياه ولا شك ان العين الواحد لا يتصور ان يكون ملكا لاثنين بكماله في حالة واحدة وان امكن ان يكون مودعا من اثنين بكماله في حالة واحدة وفي الصورة التي ذكرها ذلك القائل قد زال بايداع احدهما الالف ممن هي في يده وزال ملكه عنها ايضا باشترائه سلعة من الآخر وتسليمها اليه فكيف يحتمل ان يصدقا معا في دعواهما المزبورة **قوله** ويحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقين قال جماعة من الشراح في تعليل تغاير الحقين لان كل واحد منهما يدعي القرار اقول يرد عليه ان كل واحد منهما انما يدعي الفا معينا هو ما في يد المدعى عليه كما صرح به في وضع المسألة والنقود تتعين في الودائع على ما تقرر في موضعه ونص عليه الزيلعي في شرح هذه المسألة في التبيين فمن اين يدل هذا على تغاير الحقين ثم ان لبعض الفضلاء في مغايرة الحقين منهج آخر

اما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز ان يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء ولو نكل الثاني ايضا يقضي بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما اذا اقاما البينة يغرم لهما نصفه بغير عوض لكل واحد منهما بين المصالح وذلك حجة في حقه بالقيمة فيصار قاضيا نصف حق كل واحد منهما بنصف الآخر فيغرمه ولو قضى القاضي للاول حين نكل ذكر الامام البزدوي في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني فان نكل يقضي بينهما لان القضاء الاول لا يبطل حق الثاني لانه يقدمه لا بنفسه وبالقرعة وكذا لك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف انه نفذ قضاءه للاول ووضع المسئلة في العبد وفيه ان العبد صار فيه محل الاجتهاد لان من الفقهاء من قال يقضي للاول ولا ينتظر لكونه اقرار له دلالة ثم لا يحلف للثاني هذا العبد لان كلوله لا يمين بعد ما صار للاول وهل يحلف بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا او كذا اقل منه قال ينبغي ان يحلف عند محمد خلافا لابي يوسف بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد خلافا له وهو فريعة تلك المسئلة وقد تقدم بعض الكلام فيه والله اعلم

كتاب العارية

قال العارية جائزة لانه نوع احسان وقد استعار النبي عليه السلام دروعا من صفوان وهي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير لانها تنعقد بلفظة الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذا الذي يحصل فيه النهي لا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية ولهذا ينعقد بلفظة التمليك والمنافع قابلة للملك كالاعيان والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع بينهما دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظة الاباحة وهي تمليك

حيث قال والظاهر ان الغاية الحق المستحق فلكل منهما حق في يمينه على ما مر في الدعوى من قوله عليه السلام لك يمينه انتهى اقول ليس هذا بمفيد ههنا لان ما يقتضيه ان يكون لكل منهما حق في يمينه انما هو عدم الاكتفاء بتحليفه لاحدهما فقط وهذا لا يستلزم تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد كما هو المطلوب ههنا بل تحصيل تحليفه لهما معا وانما الذي يقتضي تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد امور ان يكون لكل واحد منهما حق في يمينه الاترى انهما لو ادعيا من احد شيئا واحدا مشتركا بينهما على سبيل الشيوع كان لكل واحد منهما حق في يمينه قطعا مع انه لا يجب هناك تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد والاظهر في تعليل ان يحلف ههنا لكل واحد منهما على الانفراد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وانما يحلف لكل واحد منهما بانفراده لان كل واحد منهما ادعاه بانفراده انتهى تدبر **قوله** اما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز ان يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء قال صاحب العناية في بيان وجه القضاء بان يقضي بالالف للاول او للثاني او لهما جميعا لانه ان حلف للثاني فلا شيء له والالف كله للاول ولو نكل للثاني ايضا كان الالف بينهما انتهى اقول لا صحة لقوله او للثاني اذ لا احتمال للقضاء بالالف للثاني بعد نكول في اليمين للاول والكلام فيه فالمحتمل ههنا وجهان لا غير والعجب انه قال في التعليل لانه ان حلف للثاني فلا شيء له والالف كله للاول ولو نكل للثاني ايضا كان الالف بينهما وهذا قطعي في ان المحتمل ههنا وجهان لا غير وكان منشأ زلته هو ان صاحب الشرح قال وافي بيان وجه القضاء وبان يقضي بالالف لهما او لاحدهما فتوهم الشارح المزبور ان قوله او لاحدهما يعم الاول والثاني فوقع فيما وقع مع ان مراده به احدهما بعينه وهو الاول

كتاب العارية

قد مر وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله في اول الوديعة ثم انه قد وقع الاختلاف في تفسير العارية لغة وشريعة اما لغة فقد قال الجوهري في الصحاح العارية بالتشديد كانها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب والعارة مثل العارية انتهى وقال المطرزي في المغرب العارية اصلها عورية فعلية منسوبة الى العارة اسم من الاعارة كالغارة من الاغارة واخذها من العار العيب والعري خطأ انتهى وفي بعض الشروح ما ذكر في المغرب هو المعول عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم باشر الاستعارة فلو كان في طلبها عار لما باشرها وفي القاموس مثل ما في المغرب وقد يخفف العارية وفي المبسوط قيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكانه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء ولهذا كانت الاعارة في المكيل والموزون قرضا لانه لا ينتفع بها الا باستهلاك العين فلا تعود النوبة اليه في تلك العين لتكون عارية حقيقة وانما تعود النوبة اليه في مثلها واما شريعة فقال عامة العلماء هي عبارة عن تمليك المنافع بغير عوض وقال الكرخي والشافعي رح هي عبارة عن اباحة الانتفاع بملك الغير وسيأتي دليل الطرفين في الكتاب **قوله** ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظ التمليك الى آخره اقول فيه بحث من وجهين احدهما ان للخصم ان يمنع كون العارية من العرية التي هي العطية ويقول بل هي من العار كما ذكر في الصحاح او من العارة كما ذكر في المغرب او من التعاور كما ذكر في المبسوط وعلى هذه الوجوه المروية عن ثقات الائمة لا يثبت انباء لفظ العارية عن التمليك وثانيهما ان للخصم ان يقول انعقاد العارية بلفظ التمليك لا يدل على كونها بمعنى التمليك دون الاباحة لجواز ان يكون لفظ التمليك هناك مستعارا لمعنى الاباحة لعلاقة لزوم الاباحة للتمليك كما قلتم في الجواب عن انعقادها بلفظ الاباحة من ان لفظ الاباحة استعيرت للتمليك على ما سيأتي في الكتاب وقال صاحب العناية فيه بحث من وجه الاول انه استدلال في التعريفات وهي لا تقبله لان المعرف اذا عرف شيئا بالجامع والمانع فان سلم من النقض فذاك وان انتقض بكونه غير جامع او مانع يجاب عن النقض ان امكن واما الاستدلال فانما يكون في التصديقات والثاني انه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لان من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه اصول الفقه والثالث ان من شرط القياس ان يكون الحكم الشرعي متعديا الى فرع هو نظيره والمنافع ليست نظير الاعيان الى هنا كلامه اقول كل واحد من وجوه بحثه ساقط اما الاول فلان ما ذكر ليس باستدلال على نفس التعريف الذي هو من قبيل التصورات بل على الحكم الضمني الذي

والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ولأن الملك انما يثبت بالقبض وهو الاستغلال وعند ذلك لا جهالة والنهي منع من تحصيل
فلا يحصل المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره ان شاء الله تعالى

يقصده المعرف كان يقال هذا التعريف هو الصحيح او هو الحق ولا شك ان مثل هذا الحكم من قبيل التصديقات التي يجري فيها الاستدلال وقد صرحوا في موضعه بان الاعتراضات الموردة في التعريفات من المنع والنقض والمعارضة انما تورد على الاحكام الضمنية بان هذا التعريف صحيح جامع مانع لا على نفس التعريفات التي هي من التصورات ولا ريب ان امر الاستدلال ههنا ايضا كذلك واما الثاني فلان المصنف رحمه الله لم يقصد اثبات كون لفظ العارية موضوعا في عرف الشرع لتمليك المنافع بغير عوض بالقياس حتى يرد عليه انه قياس في الموضوعات بل اراد اثبات قبول المنافع لنوعي التمليك بالقياس على قبول الاعيان لهما وقصد باثبات هذا دفع توهم الخصم ان المنافع اعراض لا تبقى فلا تقبل التمليك كما صرح به الشارح المذكور ولا يخفى ان قبول الاعيان لنوعي التمليك حكم شرعي ثابت بالنص الدال على جواز البيع والهبة فيصح تعديته الى قبول المنافع لهما ايضا واما الثالث فلانه ان اراد بقوله والمنافع ليست نظير الاعيان انها ليست نظيرها من كل الوجوه فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعا اذ لا يشترط في صحة القياس اشتراك الفرع مع الاصل في جميع الجهات بل يكفي اشتراكهما في علة الحكم على ما عرف في اصول الفقه وان اراد انها ليست نظيرها في علة الحكم فهو ممنوع فان علة الحكم الذي هو القبول لنوعي التمليك فيما نحن فيه انما هي دفع الحاجة وهما اي الاعيان والمنافع مشتركان في هذه العلة كما يفصح عنه قول المصنف رحمه الله والجامع دفع الحاجة ثم قال ويمكن ان يجاب عنها بان هذا التعريف اما لفظي او رسمي فان كان الاول فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك وان كان الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية انتهى اقول وفيه بحث من اوجه الاول ان هذا التعريف ان كان لفظيا كان قابلا للاستدلال عليه اذ قد تقرر في محله ان مآل التعريف اللفظي الى التصديق والحكم بان هذا اللفظ بازاء ذلك المعنى فلذلك كان قابلا للمنع بخلاف التعريف الحقيقي اذ لا حكم فيه بل هو تصوير ونقش فلا معنى لقوله فان كان الاول فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك والثاني انه قد تقرر في موضعه ايضا ان التعريف الرسمي الذي بالخواص انما يكون بالخواص اللازمة البينة ولا شك ان اللوازم البينة لا تحتاج الى البيان فلا وجه لقوله وان كان الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية والثالث ان الظاهر ان ضمير عنها في قوله ويمكن ان يجاب عنها راجع الى اوجه بحثه مع ان ما ذكره في الجواب على التقدير تمامه انما يكون جوابا عن الوجه الاول من تلك الاوجه دون غيره كما لا يخفى على الفطن ثم قال ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بانها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك وليس في كلام المصنف رحمه الله ما ينافيه ظاهرا فالحمل عليه اولى انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلانه لو جعل ما ذكر في الكتاب حكم العارية لبقي البحث الثالث قطعا فلم يتم قوله كان سالما من الشكوك واما ثانيا فلان قول المصنف رحمه الله هي تمليك المنافع بغير عوض يحمل التمليك عليها بالمواطأة ينافي ظاهرا كون المذكور في الكتاب حكم العارية اذ حكم الشيء لا يحمل عليه بالمواطأة فلم يتم قوله وليس في كلام المصنف رحمه الله ما ينافيه ظاهرا واما ثالثا فلان توجيهه هذا ينافي ما ذكره في اول كتاب العارية بطريق الجزم حيث قال واختلف في تعريفها اصطلاحا فقال عامة العلماء هي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير وهو قول الشافعي رحمه الله انتهى فان توجيهه هذا يقتضي ان يكون الاختلاف المذكور في حكمها لا في تعريفها وقال بعض الفضلاء على قوله كان سالما من الشكوك اما من الاول فمسلم واما من الاخيرين فلا انتهى اقول سلامته من الثاني ايضا ظاهر اذ على تقدير ان يكون ما ذكر في الكتاب حكم العارية دون معناه شرعا لم يتصور وضع بينه وبين لفظ العارية حتى يتجه على دليل المذكور انه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح قوله والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا يكون ضائرة جواب عن قول الكرخي ومع الجهالة لا يصح التمليك ووجهه ان الجهالة المفضية الى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة كذا في الشروح قال صاحب الكافي في تقرير هذا المحل انما صحت العارية مع جهالة المدة وان لم يصح التمليك مع جهالة المدة لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان للمعير ان يفسخ العقد في كل ساعة لكونها غير لازمة والجهالة التي لا تفضي الى المنازعة

قال وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا **قال** واخدمتك هذا العبد لانه اذن له فى استخدامه وداري لك سكنى لان معناه سكناها لك وداري لك عمرى سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره **قال** وللمعير ان يرجع فى العارية متى شاء لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه **قال** والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي رح يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء

لا تمنع صحة العقد انتهى كلامه اقول فيه نوع خلل لان قوله وانما صحت العارية مع جهالة المدة وان لم يصح التمليك مع جهالة المدة يشعر بان عامة العلماء قالوا بصحة العارية مع جهالة المدة وان اعترفوا بعدم صحة التمليك اصلا مع جهالة المدة فيلزم ان لا يتم هذا الكلام جوابا عن قول الخصم ومع الجهالة لا يصح التمليك لان مقصوده الاستدلال على ان العارية هي الاباحة دون التمليك لا على انها غير صحيحة مع الجهالة فالاولى فى العبارة ان يقول وانما صحت العارية مع جهالة المدة وان كانت هي التمليك لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة الى آخره تامل **قوله** وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه قال صاحب العناية فى تفسير قوله صريح فيه اى حقيقة فى عقد العارية وفى تفسير قوله مستعمل فيه اى مجاز فيه ثم قال وفى عبارته نظر لانه اذا اراد بقوله مستعمل انه مجاز فهو صريح لانه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف فى الاصول فلا فرق اذن بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن احدهما حقيقة والآخر مجاز فاشار الى الثاني بقوله مستعمل اي مجاز ليعلم ان الآخر حقيقة الى هنا كلامه ورد عليه بعض الفضلاء بان قال فيه تامل فان تخصيص الاول بكونها صريحة يوهم ان الثانية ليست كذلك فلا يحسم مادة الاشكال انتهى اقول هذا ساقط لان الصريح عند علماء الاصول ما انكشف المراد منه فى نفسه فيتناول الحقيقة الغير المهجورة والمجاز المتعارف كما عرف فى موضعه واراد المصنف رح بالصريح ههنا الحقيقة فقط بقرينة ما ذكره فى مقابلته كما بينه صاحب العناية فان اراد ذلك البعض ان تخصيص الاولى بكونها صريحة يوهم ان الثانية ليست كذلك اي ليست بصريحة بالمعنى الذي ذكره علماء الاصول فهو ممنوع وانما يكون كذلك لو لم يكن قرينة على انه اراد بالصريح ههنا معنى الحقيقة وليس فليس وان اراد ان تخصيص الاولى بذلك يوهم ان الثانية ليست بصريحة بمعنى الحقيقة فهو مسلم ولكن لا اشكال فيه حتى لا تحسم مادته **قوله** ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة الى آخره قال صاحب الكافي كان ينبغي ان يقول اذا لم يرد بهما بدليل التعليل وقال ويمكن ان يجاب عنه بان الضمير يرجع الى المذكور كقوله تعالى عوان بين ذلك انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل الطعن والجواب قلت المذكور شيئان هما قوله ومنحتك هذا الثوب والآخر حملتك على هذه الدابة انتهى اقول مدار ما قاله على عدم الفرق بين المفهوم وبين ما صدق هو عليه فان الشيئين هما الثاني دون الاول وبين التاويل ههنا وفى قوله تعالى عوان بين ذلك هو الاول وهو شئ واحد لا محالة فانما بنى الجواب لا يقال يجوز ان يكون مراده بيان الواقع لا رد الجواب لانا نقول كون المذكور شيئين مع كونه مستغنيا عن البيان جدا يابى عنه قطعا ذكره لفظة قلت سيما بعد ذكر الطعن والجواب كما لا يخفى على ذوي الالباب **قوله** ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام ولهذا اي ولكون الاذن ضروريا كان واجب الرد يعني مؤنة الرد واجبة على المستعير كما فى الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فانه وان كان باذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق اذا هلك ضمن فكذا هذا انتهى كلامه اقول حمل الشارح المذكور قول المصنف ولهذا قال على الاشارة الى كون الاذن ضروريا واقتفى اثره الشارح العيني وسكت سائر الشراح عن البيان بالكلية والحق عندي انه اشارة الى قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء وانما كان هذا هو الحق عندي لوجهين احدهما ان الظاهر ان قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء عطف على قوله كان واجب الرد فيقتضي كون المعطوف فى حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله فيصير المعنى على تقدير ان يكون لفظ هذا اشارة الى كون الاذن ضروريا ولكون الاذن ضروريا صار كالمقبوض على سوم الشراء والظاهر ان الاذن ليس بضروري فى المقبوض على سوم الشراء واما على تقدير ان يكون اشارة الى ما ذكرته فيصير المعنى ولكونه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق صار كالمقبوض على سوم الشراء ولا شك ان الامر كذلك فى المقبوض على سوم الشراء وثانيهما ان حديث كون الاذن ضروريا جواب عن سؤال مقدر لا عمدة فى الاستدلال بخلاف قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق ولا يخفى ان ما هو العمدة فى الاستدلال احق بان يفرع عليه قوله ولهذا كان واجب

والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا
والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد
لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه قال وليس للمستعير ان يؤاجر ما استعاره فان آجره فعطب ضمن لان الاعارة دون الاجارة والشيء
لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من جهته وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فابطلناه
فان آجره فعطب عند المستأجر فللمعير ان شاء ضمن المستعير لانه صار غاصبا وان شاء ضمن المستأجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه فان ضمن المستعير
لا يرجع على احد لانه ظهر انه آجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر يرجع على المستعير اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم

الى ان صار كالمقبوض على سوم الشراء ويؤيده ان صاحب الكافي اخر حديث كون الاذن ضروريا عن تفريع هذين النوعين قوله ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام
الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض او لاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه ماذونا فيه قال صاحب العناية في حل هذا المحل يعني ان الضمان اما ان يجب بالعقد
او بالقبض او بالاذن وليس شيء من ذلك بموجب له اما العقد فلان اللفظ الذي تنعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض
او لاباحتها على اختلاف القولين وما وضع لتمليك لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه واما القبض فانما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه
ماذونا فيه واما الاذن فلان اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان فكيف يضاف اليه انتهى كلامه اقول لا يذهب ٦٦٥
عليك ان احتمال كون الاذن موجبا للضمان مما لا يخطر ببال احد اصلا ولهذا لم يتعرض له المصنف رح لنفي ذلك قط في اثناء تقرير حجتنا في هذه المسألة فذكر الشارح
المزبور اياه في احتمالات ايجاب الضمان ونسبة ذلك الى المصنف رح بقوله يعني خروج عن سنن الصواب قوله والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه
الا للانتفاع فلم يقع تعديا جواب عن قول الشافعي رح والاذن يثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ان الاذن لم يثبت
الا لضرورة الانتفاع لكن القبض ايضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثمه تعد ولا ضمان بدونه كذا في العناية وغيرها اقول للخصم ان يقول اذا لم يكن القبض ايضا
الا لضرورة الانتفاع كان صحة القبض مقدرة بقدر الضرورة والضرورة انما هي في حالة الاستعمال فان هلكت في هذه الحالة فلا ضمان قطعا واما اذا هلكت
في غيرها فينبغي ان يجب الضمان لكون الهلاك فيما وراء الضرورة فالاظهر في الجواب عن قول الشافعي رح والاذن يثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه طريقة
المنع الى القول بالموجب وهو ما صح عنا صاحب غاية البيان حيث قال والجواب عن قوله والاذن لقبض العين يثبت ضرورة الانتفاع فيما لا نسلم ان
الحاجة والضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في حالة الانتفاع مست الضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في غير حالة الانتفاع ايضا وهي حالة الامساك
لان الانسان انما ينتفع بملك غيره كما ينتفع بملك نفسه ولا ينتفع بملك نفسه اناء الليل واطراف النهار وانما ينتفع به ساعة ويمسك اخرى ولو انتفع بالدابة
دائما لهلكت كما اذا ركبها ليلا ونهارا فيما لا يكون العرف كذلك فثبت ان القبض في غير حالة الانتفاع ايضا ماذون فلا يوجب الضمان الى هنا كلامه واشير
الى هذا الوجه من الجواب في الكافي ومعراج الدراية ايضا فتبصر قوله والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على
ما عرف في موضعه جواب عن قول الشافعي رح وصار كالمقبوض على سوم الشراء قال صاحب العناية وتقريره انه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان
الماخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالماخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان انتهى كلامه اقول لا يخفى على ذي فطنة ان تحريره هذا في تقرير الجواب مختل في الظاهر لان الضمير
المستتر في صار راجع الى الماخوذ بالعقد فيصير المعنى فصار الماخوذ بالعقد كالماخوذ بالعقد فيلزم تشبيه الشيء بنفسه وهو باطل ويمكن توجيهه بعناية وهي ان تحمل
الباء في قوله لان الماخوذ بالعقد على الملابسة وفي قوله فصار كالماخوذ بالعقد على السببية فيصير معنى كلامه لان الماخوذ بملابسة العقد اي ما كان متعلقا بالعقد
بان كان من مباديه له حكم نفس العقد فصار ذلك كالماخوذ بسبب نفس العقد فيؤول الى ما ذكر في الكافي وبعض الشروح من قولهم ان الضمان في المقبوض على
سوم الشراء لا يلزم بالقبض نفسه ولكن بالقبض بجهة الشراء اذ القبض بحقيقة الشراء مضمون بالعقد فكذا بجهته انتهى ثم اقول لا حاجة في حل كلام المصنف
هنا الى ما ارتكبه صاحب العناية من التحرير الركيك المشعر بالاختلال كما عرفت بل له محملان صحيحان سالمان عن شائبة الخلل احدهما ان يكون معنى قوله لان
الاخذ في العقد له حكم العقد لان الشروع في العقد بالمباشرة لبعض مقدماته له حكم نفس العقد وتمامه على ان يكون الاخذ من اخذ فيه بمعنى شرع فيه لا من اخذه
وثانيهما ان يكون معناه لان الاخذ في العقد اي الماخوذ لاجل العقد له حكم العقد على ان تكون كلمة في في قوله في العقد بمعنى اللام كما في قوله تعالى فذلكن الذي

قال وله ان يعيره اى اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعى رح ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل والمباح له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة فى الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة ههنا ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للملك فى الاجارة فتجعل كذلك فى الاعارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضى باستعماله لا باستعمال غيره قال رضى الله عنه

للمنفى فيه وقوله عليه السلام ان امرأة دخلت النار فى هرة حبستها على ما صرح به فى مغنى اللبيب فالاخذ حينئذ من اخذه بمعنى تناوله ثم قال صاحب العناية اخذا من غاية البيان فان قيل سلمنا ان الاخذ فى العقد له حكم العقد ولكن لا عقد ههنا اجيب بان العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس عن الضياع اذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا انتهى اقول لا يذهب على ذى فطرة سليمة ان السؤال المذكور لا يتوجه ههنا اصلا اذ لا يقتضى ان يكون للاخذ فى العقد حكم العقد تحقق العقد بل يقتضى عدم تحققه اذ عند تحققه يكون الحكم لنفس العقد لا للاخذ فيه فلا معنى لقوله ولكن لا عقد ههنا ثم ان الجواب المزبور منظور فيه لانه وان كان فى جعل العقد موجودا تقديرا صيانة لمال البائع عن الضياع لكن فيه تضييع لمال المشترى اذ قد يكون هلاك المقبوض على سوم الشراء فى يد المشترى بلا تعد منه بل بسبب اضطرارى وقد اخذه من مالكه باذنه فلو اوجب الضمان عليه خرج ماله الذى اداه من ملكه مجانا اى بلا عقد ولا تعد فى شئ فيلزم النظر لاحد المتعاقدين فى العقد وترك النظر عن الآخر تأمل **قوله** وله ان يعيره اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل قال عامة الشراح كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة وقال فى النهاية ومعراج الدراية كذا ذكره الامام التمرتاشى اقول فى اكثر هذه المسئلة اشكال اما فى مثال الحمل فلانه وان كان مطابقا لما ذكره المصنف رح فى آخر هذه المسئلة بقوله فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت انتهى الا انه مخالف لما سيجئ فى كتاب الاجارات فى باب ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز من ان الحمل كالركوب واللبس مما يختلف باختلاف المستعمل وحكمه كحكمهما عند الاطلاق والتقييد كما ستطلع عليه وقد اضطرب كلام الفقهاء فى عامة المعتبرات فى شأن الحمل حيث قالوا فى كتاب العارية انه مما لا يتفاوت وقالوا فى كتاب الاجارات انه مما يتفاوت وممن ظهر المخالفة بين كلاميه فى المقامين صاحب الكافى فانه قال ههنا سواء كان المستعار شيئا يتفاوت الناس فى الانتفاع به كاللبس فى الثوب والركوب فى الدابة او لا يتفاوتون فى الانتفاع به كالحمل على الدابة وقال فى الاجارات ويقع التفاوت فى الركوب واللبس والحمل فما لم يبين لا يصير المعقود عليه معلوما فلا يحكم بجواز الاجارة انتهى واما فى مثال الزراعة فلانه سيأتى فى كتاب الاجارات فى الباب المزبور انه لا يصح عقد الاجارة فى استيجار الاراضى للزراعة حتى يسمى ما يزرع فيها لان ما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة ولا يخفى ان المفهوم منه ان الزراعة مما تختلف باختلاف المستعمل وعن هذا مثل الامام الزيلعى رح ما يختلف باختلاف المستعمل فيما نحن فيه بامثلة وعد منها الزراعة حيث قال كاللبس والركوب والزراعة واما فى مثال السكنى فلان سكنى الحداد والقصار يضر بالبناء دون سكنى غيرهما فلا يجعل سكناهما فى استيجار الدور والحوانيت للسكنى كما ذكر فى كتاب الاجارات فكان السكنى ايضا مما يختلف باختلاف المستعمل ويمكن ان يجاب عنه بان الاضرار بالبناء اثر الحدادة والقصارة لا اثر السكنى لان مجرد السكنى لا يؤثر فى انهدام البناء فيضاف انهدام البناء الى الحدادة والقصارة كما بينه صاحب النهاية فى كتاب الاجارة فلم يقع الاختلاف باختلاف المستعمل فى نفس السكنى بل فى امر خارج عنه والمثال ههنا انما هو نفس السكنى فلا اشكال فيه **قوله** والمنافع اعتبرت قابلة للملك فى الاجارة فتجعل كذلك فى الاعارة دفعا للحاجة جواب عن قول الشافعى رح المنافع غير قابلة للملك وتقريره لا نسلم انها غير قابلة للملك فانها تملك بالعقد كما فى الاجارة فيجعل فى الاعارة كذلك دفعا للحاجة كذا فى العناية وغيرها اقول فيه بحث لان حاصله القياس على الاجارة وقد تدارك الشافعى دفعه حيث قال فى ذيل تعليله وانما جعلناها موجودة فى الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة يعنى ان علة اعتبار المنافع المعدومة قابلة للملك فى الاجارة ضرورة دفع حاجة الناس وهذه العلة منتفية فى الاعارة لاندفاع حاجتهم بالاباحة فلم يتم ما ذكره المصنف رح ههنا جوابا عنه اللهم الا ان يقال الناس كما يحتاجون الى الانتفاع بالشئ لانفسهم كذلك يحتاجون الى نفع غيرهم بذلك الشئ وعند كون الاعارة اباحة لا يقدرون على نفع غيرهم بالعارية فلا يندفع حاجتهم الاخرى فضرورة دفع حاجتهم بالكلية دعت الى اعتبار المنافع قابلة للملك فى العارية كما فى الاجارة قال صاحب العناية بعد تقرير مرام المصنف رح ههنا وقد مر الكلام فيه اقول لم يمر منه كلام مناسب للمقام سوى

وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهي على اربعة اوجه احدها ان تكون مطلقة في الوقت والانتفاع فللمستعير فيه ان ينتفع به اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني ان تكون مقيدة فيهما فليس له ان يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او خير منه والحنطة مثل الحنطة والثالث ان تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه ليس له ان يتعدى ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق فيه فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو اركب غيره ليس له ان يركبه حتى لو فعله ضمن لانه تعين الاركاب قال وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة او القرض والقرض ادناهما فيثبت او لان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق الاعارة

بحثه الثالث من ابحاثه الثلثة التي اوردها في صدر كتاب العارية ودفعناه كله هناك لكنه الغنا الى ليس تمشيه ههنا لان حاصله ان قياس المنافع على الاعيان ليس بتام لان من شرط القياس كون الشرع نفسه في الاصل والمنافع ليست من نظير الاعيان ولا شك ان المقيس والمقيس عليه فيما نحن فيه كلاهما من قبيل المنافع وكان الفرع نظير الاصل قطعا **قوله** وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة قال عامة الشراح اي ما ذكر من ولاية الاعارة للمستعير اذا صدرت الاعارة مطلقة اقول فيه اشكال لان المذكور في الكتاب هو ان للمستعير ان يعير المستعار اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل فمعناه ان للمستعير ولاية الاعارة فيما اذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقد تقرر في عامة كتب الفقه حتى المتون ان اختصاص ولاية الاعارة للمستعير بما اذا كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل انما هو اذا صدرت الاعارة مقيدة بان ينتفع به المستعير بنفسه اما اذا صدرت الاعارة مطلقة فللمستعير ولاية الاعارة مطلقا اي سواء كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل او مما لا يختلف به وهذا مما اطبق عليه كلمة الفقهاء الحنفية حتى المصنف رح نفسه حيث قال في آخر هذه المسئلة فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب او يركب غيره وان كان الركوب مختلفا انتهى فقول المصنف رح وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة على تقدير ان يريد بكلمة هذا الاشارة الى ما قاله عامة الشراح كما هو الظاهر انما يتم لو لم يتم ما ذكر في الكتاب فيما قبل مقيدا بقوله اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل ولما كان ذلك مقيدا به لم يتم قوله المزبور بل كان ينبغي له ان يقول هذا اذا صدرت الاعارة مقيدة على مقتضى ما نصوا عليه قاطبة كما بيناه والعجب من عامة الشراح انهم فسروا المشار اليه بكلمة هذا الواقعة في كلام المصنف رح بما ذكروه ولم يتعرضوا لما فيه من الاشكال مع ظهوره جدا ثم ان الشارح تاج الشريعة كانه تنبه للمحذور الذي ذكرناه فقال في شرح قول المصنف رح وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة الاشارة لا تعود الى المسئلة المتقدمة بل الى ان للمستعير ان ينتفع بالعارية ما شاء اذا اطلقت العارية انتهى اقول هذا الذي ذكره هذا الشارح وجعله ما يعود اليه الاشارة مما لم يذكر فيما قبل قط فكيف يصلح ان يكون مشارا اليه بكلمة هذا الواقعة في كلام المصنف رح ههنا ولا سيما بالاشارة الا الى المحسوس المشاهد او الى ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد كما تقرر في موضعه فكانه هرب عن ورطة ووقع في ورطة اخرى اشد من الاولى والانصاف ان المصنف رح لو ترك قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وشرع في الكلام الذي بسطه بان يقول والاعارة على اربعة اوجه لكان احرى ولقد احسن صاحب الكافي في هذا المقام حيث قال اولا وله ان يعير وذكر خلاف الشافعي رح وبين دليل الطرفين ثم قال ثم هذه المسئلة على وجهين اما ان حصلت الاعارة مطلقة في حق المنتفع بان اعار ثوبا للبس ولم يبين اللابس او دابة للركوب ولم يبين الراكب او دابة للحمل ولم يبين الحامل وفي هذا الوجه له ان يعير سواء كان المستعار شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة او لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة عملا باطلاق اللفظ وان حصلت الاعارة مقيدة بان استعار لليلبس بنفسه او ليركب بنفسه او ليحمل بنفسه فله ان يعير فيما لا يتفاوت الناس في الانتفاع به كما في الحمل وليس له ان يعير فيما يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس والركوب ثم قال وهذا هو الكلام في اعارة المستعير واما الكلام في انتفاعه في المستعار فهو على اربعة اوجه فذكر ما ذكره المصنف من الوجوه الاربعة **قوله** الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او الى خير منه كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحمل عليها قفيزا من حنطة اخرى او حمل عليها قفيزا من شعير هذا في الاستحسان وفي القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا يعتبر المنفعة والضرر الا يرى ان الوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان انه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير اخف على الدابة والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول ما ذكروا في وجه الاستحسان ينتقض بالوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار فانه لم ينفذ بيعه على ما صرحوا به مع ان ما ذكروا في وجه الاستحسان ههنا جار هناك ايضا بعينه فينبغي ان ينفذ بيعه ايضا فتامل **قوله** او لان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه

فيما اذا عين الجهة بان استعار الدراهم ليعير بها ميزانا او يزين بها دكانا لم تكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة فصار كما اذا استعار آنية يتجمل بها او سيفا يتحلى به

قال وان استعار ارضا ليبني فيها او ليغرس جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس اما الرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها منفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة

واذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق العقد من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية ورجع

قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره

القدوري في المختصر وذكر الحاكم الشهيد انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه

ملكه قالوا اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب الاصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل ولو استعارها ليزرعها

لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت او لم يوقت لان له نهاية معلومة وفي الترك بالاجر مراعاة الحقين

اقول يرى هذا التعليل خاليا عن التحصيل لان حقيقة الاعارة منتفية في عارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود اذ قد صرحوا في صدر كتاب العارية بان من شرطها كون المستعار قابلا للانتفاع به مع بقاء عينه وان الاشياء المذكورة لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها فتعذر حقيقة الاعارة فيها فجعلناها كناية عن القرض وكذا حكم الاعارة منتف في عارية الاشياء المذكورة اذ قد صرحوا بانها مضمونة بالهلاك من غير تعد من القابض فاذا لم يتحقق حقيقة الاعارة ولا حكمها في عارية هذه الاشياء فلا تاثير فيها اصلا الا ان يكون من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين ولا الاقامة رد المثل مقام رد العين نعم يفهم من مضمون هذا التعليل مناسبة في الجملة بين العارية والقرض صالحة لان يجعل لفظ الاعارة في مسئلتنا هذه مجازا او كناية عن معنى الاقراض فليكن كلامنا في صلاحية ذلك لان يكون علة اصل المسئلة كما هو الظاهر من اسلوب التحرير فعليك بالتامل الصادق قوله فاما اذا عين الجهة بان استعار الدراهم ليعير بها ميزانا او يزين بها دكانا لم تكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة اقول للقائل ان يقول المفهوم من هذا الكلام امكان الانتفاع بعين الدراهم ونحوها واعتبار ذلك شرعا ايضا فكيف يتم ما ذكر سابقا من انه لا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها ويمكن ان يجاب بان المذكور سابقا بناء على الاكثر الاغلب فالمراد انه لا يمكن الانتفاع بنحو الدراهم في الاعم الاغلب الا باستهلاك عينها فيدار الحكم عند الاطلاق على ما هو الاغلب واما عند تعيين الجهة فيظهر ان المقصود تمليك المنفعة مع بقاء العين على ملكه فيحمل على ذلك فان قلت عبارة المصنف رح لا تساعد التوجيه الذي ذكرته فان الحصر المستفاد من قوله ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها يقتضي انتفاء امكان الانتفاع بها بالكلية بدون استهلاك عينها قلت يمكن حمل الحصر المذكور على الحصر الادعائي بناء على عدم الاعتداد بالاقل فلا يقتضي انتفاء ذلك بالكلية **قوله** وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع قال صاحب الغاية اي نقصان البناء والغرس على ان ما مصدرية ويجوز ان تكون موصولة بمعنى الذي فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين وعلى الاول يكونان مرفوعين انتهى كلامه وتبعه الشارح العيني اقول لا يظهر وجه صحة لكون البناء والغرس منصوبين ههنا لان الذي نقص البناء والغرس انما هو القلع فيصير المعنى على تقدير نصب البناء والغرس وضمن المعير قلع البناء والغرس وليس هذا بصحيح لان القلع ليس من جنس ما يضمن بل هو سبب الضمان وانما المضمون قيمة البناء منتقصة بالقلع ويمنع ايضا صحة المعنى على ذلك التقدير قوله بالقلع اذ يصير المعنى حينئذ وضمن المعير القلع بالقلع ولا يخفى ما فيه فالوجه عندي ههنا رفع البناء والغرس لا غير اما على تقدير كون ما مصدرية فواضح واما على تقدير كونها موصولة فيقدر الضمير الراجع اليها على ان يكون تقدير الكلام وضمن المعير ما نقص البناء والغرس فيه بالقلع وهو القيمة فيكون كلمة نقص ههنا من نقص في دينه وعقله كما ذكر في القاموس وقال صاحب العناية ووجه قوله ما نقص البناء والغرس ان ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس اذا بقي الى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته بقلعه فان كان قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا واذا قلع في الحال يكون قيمة النقض دينارين يرجع بهما انتهى كلامه وقد كان صاحب الكفاية وتاج الشريعة ذكرا معنى هذا المقام ومثاله على المنوال الذي ذكره صاحب العناية غير انهما قالا بدل قوله يرجع بهما يرجع بثمانية دنانير فكان لبعض العلماء اخذ مما قالا رخصة فاورد على ما ذكره صاحب العناية حيث قال فيه كلام وهو ان القلع ما نقص دينارين بل نقص ثمانية دنانير فينبغي ان يرجع بها كما لا يخفى انتهى اقول لعل صاحب العناية اراد بقيمة النقض في قوله يكون قيمة النقض دينارين نقصان القيمة على طريق القلب ولا يخفى انه اذا كان نقصان القيمة بالقلع دينارين كان التفاوت بين القيمتين بدينارين فيرجع بهما قطعا واما صاحب الكفاية وتاج الشريعة فكانهما ارادا بقيمة النقض معنى قيمة الناقض واذا كان قيمة الناقض بالقلع دينارين يكون التفاوت بين القيمتين بثمانية دنانير فيرجع بثمانية دنانير وبهذا ظهر توجيه كلام كل من طائفتي هؤلاء الشراح واندفع ما اورده ذلك البعض من العلماء على ما ذكره صاحب العناية كما لا يخفى واجاب بعض الفضلاء عن ذلك بوجه آخر حيث قال فاقول الظاهر ان قوله قيمة النقض من اضافة الموصوف الى الصفة اي القيمة المنقوصة فلا اشكال انتهى كلامه اقول ليس هذا بسديد اذ لا يجوز اضافة الموصوف الى الصفة

خلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك **قال** واجرة رد العارية على المستعير لان الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجرة مؤنة الرد فتكون عليه وان اجرة رد العين المستاجرة على المؤجر لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده واجرة رد العين المغصوبة على الغاصب لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته عليه **قال** واذا استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري الى دار الملاك معتاد كآلة البيت ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط **قال** وان استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن لما بينا ولو رد المغصوب او الوديعة الى دار المالك ولم يسلمه اليه ضمن لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها الا الى المعير لعدم ما ذكرناه من العرف فيه **قال** وان استعار دابة فردها مع عبده او اجيره لم يضمن والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة لانها امانة وله ان يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لان المالك يرضى به الا ترى انه لو ردها اليه فهو يردها الى عبده وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه احيانا وان ردها مع اجنبي ضمن ودلت المسألة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قال بعض المشايخ وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة واولوا هذه المسألة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة **قال** ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني عند ابي حنيفة وقالا يكتب انك اعرتني لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع اولى كما في اعارة الدار وله ان لفظة الاطعام ادل على المراد لانها تختص بالزراعة والاعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى والله اعلم بالصواب

ولا اضافة الصفة الى الموصوف على المذهب المنصور المختار حتى تقرر في عامة متون النحو وشاع ان الموصوف لا يضاف الى صفته ولا الصفة الى موصوفها وانما جوز ذلك مذهب سخيف كوفي فلا ينبغي ان يصار اليه في توجيه كلام الثقات على ان النقص فيما نحن فيه لا يصلح ان يكون صفة للقيمة الا بعد ان يجعل مجازا عن المنقول فيكون بمعنى المنقوصة وهذا تعسف بعد تعسف ولعمري ان من عادة ذلك الفاضل ان يتشبث بذلك المذهب السخيف مع تكلف آخر في توجيه بعض المقامات وقد مر منه ذلك غير مرة ومع ذلك يزعمه معنى لطيفا ظاهرا كما يلوح به قوله ههنا فاقول الظاهر ان قوله قيمة النقص من اضافة الموصوف الى الصفة وما كان ينبغي له ذلك **قوله** بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك اقول لقائل ان يقول اذا كان وقت في الغرس لانه ليس له نهاية معلومة بالتوقيت فينبغي ان لا تؤخذ الارض منه ههنا ايضا الى تمام ذلك الوقت مراعاة للحقين والجواب ان المراد ان الغرس ليس له في نفسه نهاية معلومة وبالتوقيت لا يتقرر له نهاية لجواز ان لا يقلعه المستعير في تمام ذلك الوقت اما بعدم سنوح نهاية نفسه او بمانع يمنعه عنه فيلزم ان يتضرر المالك بخلاف الزرع فان له في نفسه نهاية معلومة لا يتاخر عنه بالضرورة فافترقا واما ما قاله بعض الفضلاء من ان الضرر لصاحب البناء والغرس متعين سواء وقت ولا اولا لما نهاية معلومة فلا بد من رعاية الحقين بخلاف الزرع فليس بتام لان الضرر لصاحب البناء والغرس ممنوع اذ يجوز ان يسكن صاحب البناء في البناء مدة ثم ينقض البناء ممنوع المسقف او يغرس صاحب الغرس الشجر ثم يقلعه بعد مدة ليبيعه كما هو العادة فاذا وقت المعير العارية بالمدة المعتادة في نقض مثل ذلك البناء وقلع مثل ذلك الشجر ولم تؤخذ الارض منه قبل انقضاء تمام تلك المدة لم يتضرر صاحب البناء والغرس اصلا ومما يؤيده ما ذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة عند شرح قول المصنف ثم اذا لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث قالا فان قيل هو مغرور لانه ان لم يوقت صريحا لكن وقت دلالة لان البناء او الغرس للدوام فكانت الاعارة له توقيتا قلنا البناء قد يبنى لمدة قليلة بان يسكن شتاء ثم ينقض اذا جاء الصيف والشجر قد يغرس ثم تقلع بعد زمان ليباع كما هو العادة انتهى كلامهما تامل ترشد

قوله لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده قال صاحب النهاية فان قيل كما ان المنفعة سالمة للمؤجر فكذلك هي سالمة للمستاجر ايضا وهي الانتفاع بمنافع العين المستاجرة قلنا ان المنفعة الحاصلة للمؤجر مال حقيقة وحكما وما حصل للمستاجر منفعة وليس بمال من كل وجه فكان اعتبار منفعة المؤجر اولى الى هذا اشار الامام المحبوبي وغيره في باب مسائل متفرقة من اجارات الجامع الصغير حيث قالوا وفي المستاجر المنفعة عائدة الى الآجر لانه يتوصل به الى ملك الآجر اكثر ما فيه ان لكل واحد منهما فيه منفعة لكن منفعة الآجر اقوى لانه مالك للعين وملك المستاجر في المنفعة والمنفعة تابعة للعين انتهى وقد اخذ منه صاحب العناية حيث قال ولا يعارض بان المستاجر قد انتفع بمنافع العين المستاجرة لان منفعة الآجر عين ومنفعة المستاجر منفعة والعين لكونه متبوعا اولى من المنفعة انتهى اقول في الجواب نظر اذ الظاهر ان مرادهم بالمنفعة في قولهم ان منفعة الآجر عين هو الاجرة كما صرح به في الكافي والاجرة لا يلزم ان تكون عينا البتة اذ قد صرحوا في كتاب الاجارات بان الاجرة قد تكون عينا وقد تكون دينا وقد تكون منفعة من خلاف جنس المعقود عليه فلم يصح القول بان منفعة الآجر عين على الكلية فلم يتم الجواب **قوله** وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها قال صاحب العناية في تحرير هذا المقام وفي القياس هو ضامن لانه تضييع لا رد وصار كرد المغصوب او الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن في عياله لانه قد لا يرضى بالرد الى عياله لما اودعها اياه انتهى كلامه اقول هذا التحرير مختل فان قوله لان الواجب على الغاصب الى آخر كلامه المزبور يشعر بالفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا ينبغي ان يذكر في بيان وجه القياس كما لا يخفى ولهذا لم يذكره احد سواه ههنا بل انما ذكروه في محله فيما سياتي كما ترى

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول والقبض اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لابد منه لثبوت الملك وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت

كتاب الهبة

ذكرنا وجه المناسبة والترتيب في الوديعة وهو الترقي من الادنى الى الاعلى ولان العارية كالمفرد والهبة كالمركب لان فيها تمليك العين مع المنفعة ثم محاسن الهبة لا تحصى ولا تخفى على ذوي النهى فقد وصف الله تعالى ذاته بالوهاب فقال انك انت العزيز الوهاب وهذا يكفي لمحاسنها ثم ان الهبة في اللغة اصلها من الوهب والوهب بتسكين الهاء وتحريكها وكذلك في كل المعتل الفاء كالوعد والعدة والوعظ والعظة فكانت من المصادر التي يحذف اوائلها ويعوض في اواخرها التاء ومعناها ايصال الشيء الى الغير بما ينفعه سواء كان مالا او غير مال يقال وهب له مالا وهبا وهبة ويقال وهب الله فلانا ولدا صالحا ومنه قوله تعالى فهب لي من لدنك وليا يرثني ويقال وهبه مالا ولا يقال وهب منه ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب واتهبه منه قبله واستوهبه طلب الهبة كذا في معراج الدراية وغيره واما في الشريعة فهي تمليك المال بلا عوض كذا في عامة الشروح بل المتون اقول يرد عليه النقض عكسا بالهبة بشرط العوض كما ترى ولم ار احدا من شراح هذا الكتاب حام حول التعرض للجواب عن هذا النقض ولا الايراد مع ظهور وروده جدا غير ان صاحب الدرر والغرر قصد الى الجواب عنه حيث قال في متنه هي تمليك العين بلا عوض وقال في شرحها اي بلا شرط عوض الا ان عدم العوض شرط فيها لئلا ينتقض بالهبة بشرط العوض فتدبر انتهى كلامه اقول فيه نظر اذ لو كان المراد بقولهم بلا عوض في تعريف الهبة معنى بلا شرط عوض لتبادر منه ان لا يصح شرط العوض في الهبة بناء على ما تقرر من العلوم العقلية من ان بلا شرط شيء اعم من بشرط شيء ومن بشرط لا شيء لكان تعريف الهبة صادقا على البيع ايضا كما لا يخفى فيلزم ان ينتقض بطردا على عكس ما في المعنى الظاهر فلا يندفع المحذور بذلك بل يشتد ثم اقول يمكن الجواب عن اصل النقض بانه يجوز ان يكون المراد بقولهم بلا عوض في تعريف الهبة بلا اكتساب عوض فالمعنى ان الهبة هي تمليك المال بشرط عدم اكتساب العوض فلا ينتقض بالهبة بشرط العوض فانها وان كانت بشرط العوض الا انها ليست بشرط الاكتساب الا يرى انهم فسروا البيع بمبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب وقالوا خرج بقولنا بطريق الاكتساب الهبة بشرط العوض تم اقول بقي في التعريف المزبور شيء وهو انه يصدق على الوصية بالمال فانها ايضا تمليك المال بلا اكتساب عوض فلم يكن مانعا عن دخول الاغيار فلو زادوا وقيد في الحال فقالوا هي تمليك المال بلا عوض في الحال لخرج ذلك فان الوصية تمليك بعد الموت لا في الحال قوله وتصح بالايجاب والقبول الى آخره قال صاحب النهاية اي تصح بالايجاب وحده في حق الواهب وبالايجاب والقبول في حق الموهوب له لان الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الاقرار والوصية ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول والقبض وثمرة ذلك تظهر فيما ذكرنا في مسائل متفرقة من كتاب الايمان في قوله ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل فقد بر في يمينه بخلاف البيع انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المحل الى ان قال صاحب غاية البيان معنى المقام على هذا المنوال ايضا وزاد الى الحصر والمختلف وبنى صاحب الغاية ايضا كلامه ههنا على اختيار هذا المعنى حيث قال في شرح هذا المقام وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين اما من جهة الواهب فلان الايجاب كاف ولهذا لو حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر في يمينه بخلاف البيع واما من جهة الموهوب له فلان الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع انتهى والشارح العيني ايضا اقتفى اثر هؤلاء وبالجملة اكثر الشراح ههنا على ان الهبة تتم بالايجاب وحده اقول هذا الذي ذكروه وان كان مطابقا لما ذكره المصنف رح في مسائل متفرقة من كتاب الايمان فانه قال هناك ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر في يمينه خلافا لزفر رح فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل انتهى الا انه غير مطابق لما ذكره في هذا المقام لان قوله اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول بمنزلة الصريح في ان عقد الهبة لا يتم الا بالايجاب والقبول كسائر العقود ويشهد به ايضا قوله والقبض لابد منه لثبوت الملك اذ لو كان مراده ان الهبة عقد تبرع

ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم وحق الورثة متاخر عن الوصية فلم يملكوه [illegible] بغير امر الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين

فيتم بالمتبرع ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول والقبض فالقبول والقبض لثبوت الملك وهذا كله مما لا سترة به عند من له ذوق صحيح ثم ان صاحب النهاية ومعراج الدراية قد كانا صرحا قبيل هذا الكلام بان ركن الهبة هو الايجاب والقبول ولا يخفى ان ذلك التصريح عنهما ينافي القول منهما ههنا بان الهبة تتم بالايجاب وحده اذ لا شك ان الشيء لا يتم ببعض اركانه بدون حصول الآخر ضرورة انتفاء الكل بانتفاء جزء واحد منه واعلم ان صاحب الكافي وصاحب الكفاية سلكا ههنا مسلكا آخر فقالا وركنها الايجاب والقبول لانها عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول لان ملك الانسان لا ينتقل الى الغير بدون تمليكه والزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله وانما يحنث لو حلف ان لا يهب فوهب ولم يقبل لانه انما منع نفسه عما هو مقدور له وهو الايجاب والقبول لانه فعل الغير انتهى كلامهما اقول هذا التقرير وان كان مناسبا لما ذكره المصنف رح ههنا الا انه غير ملائم لما ذكره في مسائل متفرقة من كتاب الايمان كما نقلناه آنفا وايضا يرد عليه ان التعليل المذكور للحنث فيما لو حلف ان لا يهب فوهب ولم يقبل يقتضي ان يحنث ايضا فيما لو حلف ان لا يبيع فباع ولم يقبل لان المقدور له في كل عقد هو الايجاب لا القبول مع انه لا يحنث في صورة البيع كما صرحوا به والحاصل ان كلمات القوم في هذا المقام لا يخلو عن الاضطراب وعن هذا قال صاحب غاية البيان واما ركنها فقد اختلف المشائخ فيه قال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه هو مجرد ايجاب الواهب وهو قوله وهبت ولم يجعل قبول الموهوب له ركنا لان العقد ينعقد بمجرد ايجاب الواهب ولهذا قال علماؤنا اذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث في يمينه عندنا وقال صاحب التحفة ركنها الايجاب والقبول ووجهه ان الهبة عقد والعقد هو الايجاب والقبول الى ههنا كلامه وقال صاحب البدائع اما ركن الهبة فهو الايجاب من الواهب فاما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس ان يكون ركنا وهو قول زفر رح وفي قول قال القبض ايضا ركن وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهبه له فلم يقبل انه يحنث استحسانا وعند زفر رح لا يحنث ما لم يقبل وفي قول ما لم يقبل ويقبض واجمعوا على انه اذا حلف لا يبيع هذا الشيء لفلان فباعه فلم يقبل انه لا يحنث الى ههنا كلامه **قوله** ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح يعني لو ثبت الملك بمجرد العقد يتوجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدي الى ايجاب التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به وايجاب شيء لم يتبرع يخالف موضوع التبرعات بخلاف المعاوضات كذا في الكافي وبعض الشروح ورد بان المتبرع بالشيء قد يلزمه ما لم يتبرع به اذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه كمن نذر ان يصلي وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم او صلوة لزمه الاتمام واجيب بانه مغالطة فان ما لا يتم الشيء الا به فهو واجب اذا كان ذلك الشيء واجبا كما ذكرت من الصور فانه يجب بالنذر او الشروع وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به كذا في العناية اخذا من النهاية اقول فيه كلام اما اولا فلان قوله فانه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم منقوض بالهبة للقريب وبالهبة المعوض عنها وبغيرها مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع كما سياتي واما ثانيا فلانه اذا جاز له الرجوع قبل التسليم وبعده فلم يكن في اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم اذ بجواز الرجوع قبل التسليم ينتفي لزوم التسليم فمن اين يجب الزام التسليم فليتامل في الدفع **قوله** ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك قال الشراح قوله في الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول فالمعنى ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع من حيث ان الحكم وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع وبه صرح في المبسوط واشار اليه في الايضاح وقال بعض الفضلاء ولا ادري ما المانع عن تعلقه بالقبول فان التوقف لا يستلزم الايجاب التام انتهى اقول لعل المانع عنه امران احدهما ان المتبادر من كون الشيء بمنزلة الشيء ان يكون قائما مقامه وهذا لا يتصور فيما اذا كانا في عقد واحد كالقبض والقبول في الهبة فان كلا منهما حينئذ يعطى حكم نفسه بنفسه فلا ياخذ احدهما حكم الآخر فلا يوخذ بزوال خذ ما

وهو قول الشافعي رحمه الله لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك

منزلة الآخر وقيامه مقامه بخلاف ما اذا كانا في عقدين مختلفين كالقبض في الهبة والقبول في البيع فانه يجوز حينئذ ان يأخذ احدهما حكم الآخر فيكون بمنزلته وعن هذا قال في المبسوط ولما كان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع اخذ حكم القبول في البيع وثانيهما ان التوقف وان لم يستلزم الايجاب التام الا ان القبول في الهبة كما لا يوجب ثبوت حكم عقد الهبة وهو الملك لا يتوقف عليه ايضا ثبوت حكم عقد الهبة لثبوت حكمه بدون تحقق القبول فانه لو قال وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح وملكه لوجود القبض نص عليه الامام الزيلعي رح في التبيين وذكر في الذخيرة ايضا فلا يصح ان يقال ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك بخلاف القبول في البيع فانه لا يثبت الملك قطعا ولا يصح عقد البيع اصلا بدون تحقق القبول فيه وهذا الوجه الثاني قطعي في المنع كما ترى وطعن صاحب الغاية في قول المصنف رح ولنا ان القبض الى آخره حيث قال وكان ينبغي ان يقول وجه الاستحسان لانه ذكر القياس والاستحسان ولم يذكر قول الخصم في المتن فلم يكن قوله ولنا مناسبا انتهى وقصد الشارح العيني دفع ذلك فقال بعد نقله قلت لما كان القياس وهو قول الشافعي رح ووجه الاستحسان قولنا ناسب ان يقول ولنا وان لم يصرح بذكر الشافعي رح انتهى اقول ان تحقق خصم يأخذ بالقياس في هذه المسألة لما يجوز ان يقول ولنا ايماء الى وقوع تنازع في هذه المسألة واما مناسبة هذا القول وحسنه فانما يحصلان عند ذكر مخالفة الخصم فيما قبل كما هو المتعارف المعتاد ومراد صاحب الغاية مواخذة المصنف رح بتفويته المناسبة في تحريره لا نفي الصحة والجواز عن كلامه بالكلية فلا يدفعه ما قاله الشارح العيني كما لا يخفى واعترض على الدليل المزبور بانه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كما لا يصح امر البائع المشتري بالقبول بعد المجلس واجيب بان الايجاب من البائع شطر العقد ولهذا لو حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لا يحنث فاما ايجاب الواهب فعقد تام بدليل انه لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث استحسانا فيقف على ما وراء المجلس فيصح الامر بالقبض وقبضه بعد المجلس وهذا السوال والجواب مذكوران في عامة الشروح وعزاهما في النهاية ومعراج الدراية الى المختلفات اقول في الجواب بحث اما اولا فانه لا يدفع السوال المذكور بل يقرره لان حاصل ذلك السوال القدح في المقدمة القائلة ان القبض بمنزلة القبول بانه لو كان كذلك لما صح في القبض ما لا يصح في القبول من التاخير الى ما بعد المجلس وحاصل الجواب بيان الفرق بين ايجاب الواهب وايجاب البائع بان الاول عقد تام والثاني شطر العقد وجعل هذا الفرق مدارا لصحة القبض بالاذن بعد المجلس في الهبة وعدم صحة القبول بالامر بعد المجلس في امر البيع وخلاصة هذا بيان لمية صحة القبض في الهبة بعد المجلس وعدم صحة القبول في البيع بعده وهذا لا يدفع القدح في قولهم ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع بل تقرر ذلك كما لا يخفى واما ثانيا فلانهم صرحوا بان الحكم في البيع الفاسد على هذا التفصيل المذكور في الهبة لافتقاره ايضا الى القبض كما ذكر في الكافي وفي غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده ولا يخفى ان الجواب المذكور لا يمشي في تلك الصورة اذ لا ان الايجاب في البيع الصحيح والايجاب في البيع الفاسد سيان في كونهما شطر العقد لا تمامه فلا يتم الفرق المزبور هناك واورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجهين آخرين حيث قال فيه بحث فانه لو صح ما ذكر يجاز القبول بعد المجلس بامر الواهب وايضا هذا الكلام يناقض ما تقدم من المصنف رح من انه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول انتهى اقول كلا وجهي بحثه ساقط اما الاول فلان الملازمة في قوله لو صح ما ذكر يجاز القبول بعد المجلس بامر الواهب فمسلم فاما بطلان التالي فممنوع اذ قد ذكرنا فيما مر آنفا انه لو قال وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح على ما نص عليه في التبيين وذكر في الذخيرة ايضا فاذا صح عقد الهبة من غير قبول اصلا فلان يصح بالقبول بعد المجلس بامر الواهب اولى كما لا يخفى واما الثاني فلانا قد نقلنا عن البدائع فيما مر ان ركن الهبة هو الايجاب من الواهب واما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس ان يكون ركنا فمدار الجواب المذكور على الاستحسان ومدار ما تقدم من المصنف رح

ن ايجاب

والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا له على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح **قال** وينعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عليه السلام أكل اولادك نحلت مثل هذا وكذا الثالث يقال اعطاك الله ووهبك الله بمعنى واحد وكذا ينعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحمل الهبة اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين

على القياس فلا تناقض بينهما كيف وقد صرح المصنف رح نفسه في مسائل متفرقة من كتاب الايمان بان الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهبت ولم يقبل والعاقل لا يتكلم بما يناقض كلام نفسه فوجه التوفيق حمل احدهما على القياس والآخر على الاستحسان **قوله** والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض يعني ان مقصود الواهب من عقد الهبة اثبات الملك للموهوب له واذا كان كذلك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض تحصيلا لمقصوده وكان اذنا دلالة ونقض هذا بفصل البيع فان مقصود البائع من ايجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري ثم اذا تم الايجاب والقبول هناك والمبيع حاضر لا يجعل ايجاب البائع تسليطا على القبض حتى ان المشتري لو قبض المبيع بغير اذن البائع قبل نقد الثمن جاز للبائع ان يسترده ويحبسه حتى ياخذ الثمن واجيب بانا لا نسلم ان مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك للمشتري ضمني لا قصدي فلا معتبر به كذا في الشروح اقول لا يرد النقض المذكور راسا اذ لو سلم ان المقصود البائع من ايجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري فذاك المقصود يحصل بقبول المشتري من غير توقف على القبض فان القبض ليس بشرط لثبوت الملك للمشتري فلا مقتضى لجعل ايجاب البائع تسليطا على القبض لحصول مقصوده بدون ذلك بخلاف فصل الهبة كما تقرر **قوله** بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به اقول لقائل ان يقول انما الحق القبض في الهبة بالقبول في البيع من حيث ان حكم العقد وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع كما تقرر فيما مر آنفا لا من جميع الحيثيات الا ترى ان القبض في الهبة ليس بركن العقد بل هو خارج عنه شرط لثبوت الملك بخلاف القبول في البيع فانه ركن داخل لا يتم العقد بدونه واذا كان كذلك فلا يلزم من ان تقييد القبول بالمجلس ان تقييد الملحق به من الحيثية المذكورة بالمجلس ايضا فان تقييد القبول بالمجلس من احكام كونه ركنا داخلا في العقد ولهذا لا يصح القبول بعد المجلس بامر البائع ايضا فلا يتعدى الى ما ليس بركن داخل في العقد وهو القبض وان كان ملحقا بالقبول من جهة كونه موقوفا عليه لثبوت حكم العقد والا يلزم ان لا يصح القبض بعد المجلس بالاذن ايضا فتامل والاولى في تقرير وجه الاستحسان في مسئلتنا هذه ما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه ونقل عنه صاحب الغاية وهو انه لا بد لبقاء الايجاب على الصحة من القبض لان القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الايجاب صحيحا واذا كان من ضرورة بقاء الايجاب من الواهب على الصحة وجود القبض لا محالة كان الاقدام على الايجاب اذنا للموهوب له بالقبض اقتضاء كما في باب البيع جعلنا اقدام البائع على الايجاب اذنا للمشتري بالقبول مقتضى لبقاء الايجاب على الصحة الا ان ما ثبت اقتضاء ثبت ضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة والضرورة يرتفع بثبوت الاذن في المجلس لان الايجاب يبقى صحيحا متى قبض في المجلس فلا يتغير ثابتا فيما وراء المجلس بخلاف ما لو ثبت نصا لان الثابت نصا ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس وبعد المجلس انتهى **قوله** اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين قال صاحب غاية البيان ولنا في تقرير صاحب الهداية نظر لانه قال ان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين فعلى هذا ينبغي ان يكون المراد من الاطعام في الكفارة التمليك لا الاباحة كما هو مذهب الخصم لان المراد من الاطعام اطعام الطعام والطعام مما يطعم عينه فكان الاطعام في الآية مضافا الى ما يطعم عينه فافهم انتهى كلامه اقول يمكن الجواب عن هذا النظر بان مراد المصنف رح بالاضافة الى ما يطعم عينه ان يذكر ما يطعم عينه ويجعل مفعولا ثانيا للاطعام وفي آية الكفارة لم يكن الامر كذلك فكان الاطعام فيها على اصل وضعه وهو الاباحة ويرشد الى هذا التوجيه انه قال في تنقيح الاصول في اوائل التقسيم الرابع وفي قوله تعالى اطعام عشرة مساكين اشارة الى ان الاصل فيه هو الاباحة والتمليك ملحق به لان الاطعام جعل الغير طاعما لا جعله مالكا والحق به التمليك لا لانه لان المقصود قضاء حوائجهم وهي كثيرة فاقيم التمليك مقامها انتهى وقال في التلويح واما نحو اطعمتك

بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث يكون عارية لان عينها لا تطعم فيكون المراد اكل غلتها واما الثاني فلان حرف اللام للتمليك قال النبي عليه السلام فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة لانه يراد به التمليك قال الله تعالى او كسوتهم ويقال كسا الامير فلانا ثوبا اي ملكه منه

هذا الطعام فاما كان هبة تمليكا لعين بتيا لحال لانه لم يجعل طاعما فالمراد الطعام بطريقه فذكر المفعول الثاني فهو للتمليك لا للاباحة انتهى كلامه تأمل ترشد ثم انه قد ذكر في المحيط البرهاني نقلا عن الاصل ما اذا قال اطعمتك هذه الارض فهو عارية ولو قال اطعمتك هذا الطعام فان قال فاقبضه فهو هبة وان لم يقل فاقبضه يكون هبة او عارية انتهى اقول لا يذهب على ذي فطنة ان اطلاق رواية الكتاب وتعليل المصنف رحمه الله بما ذكر لا يساعدان رواية الاصل لان الظاهر منهما ان يكون قوله اطعمتك هذا الطعام هبة مطلقا ورواية الاصل صريح في ان قوله المذكور انما يكون هبة اذا قيده بقوله فاقبضه واما اذا لم يقيده بذلك فيحتمل الامرين اي الهبة والعارية وان النظر المذكور لا يتجه اصلا على ما في رواية الاصل لان التمليك انما يستفاد على ما تلك الرواية من قوله فاقبضه لا من لفظ الاطعام فلا ينافي ان يكون الاطعام في آية الكفارة وفي اصل وضعه هو الاباحة
قوله بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث يكون عارية لان عينها لا تطعم فيكون المراد اطعام غلتها اقول للقائل ان يقول كون الارض مما لا يطعم عينه انما يقتضي ان لا يكون الاطعام المضاف اليها على حقيقته ولا يقتضي ان لا يراد به تمليك العين مجازا كما اريد به ذلك اذا اضيف الى ما يطعم عينه فانهم حملوا هناك على تمليك العين مع ان حقيقة الاطعام جعل الغير طاعما اي آكلا لاجله كما صرحوا به والجواب انه وان امكن ان يراد بالاطعام المضاف الى مثل الارض تمليك العين مجازا لكن هذا التجويز ليس بمتعارف في مثل ذلك وانما المتعارف ان يراد اطعام الغلة على طريق ذكر المحل وارادة الحال كما في المتعارف فيما اذا اضيف الاطعام الى ما يطعم عينه ان يراد به تمليك العين وكلام العاقل انما يجب حمله على المتعارف لا على كل ما احتمله اللفظ تدبر قوله وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا قال صاحب النهاية قوله لما قلنا اشارة الى قوله فلان حرف اللام للتمليك واقتفى اثره الشارح العيني وسكت غيره عن البيان اقول الظاهر ان قول المصنف رحمه الله هذا اشارة الى قريبه وهو قوله فلقوله عليه السلام فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده ويدل على هذا ذكر هذه الصورة في ذيل الثالث اذ لو كان مراده ما قاله الشارحان المزبوران لذكرها في ذيل الثاني بل لو كان مراده ذلك لما ذكرها اصلا اذ قد سبق ذكرها اذا قال جعلت هذا الثوب لك وهو الذي قال له واما الثاني ولا يرى اثر وفرق بينه وبين ما اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى الا باشتمال هذه الصورة على لفظ عمرى دون ما سبق فلو كان مراده بقوله لما قلنا كون اللام في قوله لك للتمليك لا كون لفظة عمرى لاثبات الملك للمعمر لكان ذكر هذه الصورة مستدركا كما لا يخفى فان قلت لو كان مراده ما ذكرته لقال لما روينا كما هو دابه في قصده الاشارة الى السنة قلت كان الشارحين المزبورين اغترا بذلك ولكن يكون التوجيه عندي في قوله لما قلنا في عبارة عن قول النبي وهو قوله فلقوله عليه السلام لا عن نفس الحديث وقد اشرنا اليه في تحرير مراده فتبصر قوله واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته يعني ان الحمل حقيقة في المنفعة فيكون عارية الا ان ينوي قال صاحب النهاية فمعناه ان هذا اللفظ يذكر لتمليك العين فاذا نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه حيث نبه قال في النهاية فان قيل كيف يستقيم قوله ان حقيقة الاركاب حقيقة في العارية وان قوله حملتك لتمليك العين قلنا حقيقة الا انه غلب النظر الى النوع وهو التمليك العين في العرف والاستعمال لكن آخرها ساعة مهجورة بالعرف فكان هذا نوع حقيقة في الاسم المشترك انتهى وقد اجاب صاحب النهاية عن ذلك بعبارة اخرى حيث قال لا يقال هذا يناقض ما تقدم في العارية من قوله هذا التمليك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع مجازا لما اشرنا اليه هناك ان قوله لانه التمليك العين يعني في العرف فاستعماله في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله ههنا لان الحمل هو الاركاب

ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة فهي عارية لان العارية محكمة في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمرى سكنى او نحلى سكنى او سكنى صدقة او صدقة عارية او عارية هبة لما قدمناه ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له قال ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة وقال الشافعي رح تجوز في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب

حقيقة يعني في اللغة فاستعمالها في الحقيقة العرفية مجاز لغوي انتهى اقول بقي اشكال وهو انه تقرر في كتب الاصول انه اذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارفا فعند ابي حنيفة رحمه الله المعنى الحقيقي اولى والعمل به وعندهما المعنى المجازي اولى والعمل به واما اذا كانت الحقيقة مهجورة فالعمل بالمجاز اتفاقا فاذا عرفت ذلك ففي ما نحن فيه لم تكن الحقيقة مهجورة كما صرحوا به فعلى مقتضى الاصل المذكور يلزم ان يكون العمل عند ابي حنيفة رح بما هو حقيقة بحسب الوضع وهو الارتكاب وعندهما بما هو المستعمل فيه بحسب العرف وهو تمليك العين فينبغي ان يحمل المحل على العارية عند عدم ارادة الهبة على اصل ابي حنيفة رح وان يحمل على الهبة وان لم ينو بناء على اصلهما مع ان وضع المسئلة في هذا الكتاب وسائر الكتب المعتبرة على الاول من غير ان يذكر الخلاف في شيء منها فليتامل ثم ان قول صاحب الكفاية فكان هذا في معنى الاسم المشترك ليس بسديد لان حكم المشترك التامل فيه حتى يترجح احد معنييه او معانيه بالادلة او الامارات على ما تقرر في علم الاصول وفيما نحن فيه ان نوى الهبة يحمل عليها وان لم ينو يحمل على العارية من غير تامل ولا توقف فاين هذا من ذلك **قوله** ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل يعني ما ذكره في كتاب العارية من قوله عليه السلام المنحة مردودة كذا في الشروح اقول ههنا كلام اما اولا فلان المتبادر من ذكر هذه المسئلة منفصلة عن مسئلة الحمل وعدم تقييدها بعدم ارادة الهبة ان يكون قوله منحتك هذه الجارية عارية وان نوى بالمنحة الهبة وقد ذكر في كتاب العارية ان قوله منحتك هذا الثوب وقوله حملتك على هذه الدابة عارية اذا لم يرد بهما الهبة وقال في التعليل لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا فكان بين كلاميه في المقامين نوع تناف واما ثانيا فلان تعليل هذه المسئلة بما ذكره في كتاب العارية من قوله عليه السلام المنحة مردودة منظور فيه اذ قد ذكر في المحيط نقلا عن الاصل انه اذا قال منحتك هذه الدراهم او هذا الطعام فهو هبة ولو قال منحتك هذه الارض او هذه الجارية فهو عارية وقال فالاصل ان لفظة المنحة اذا اضيفت الى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو هبة واذا اضيفت الى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو عارية انتهى وهكذا ذكر في عامة المعتبرات وقوله عليه السلام المنحة مردودة لا يفرق بين الفصلين فتعليل الفصل الثاني به ينتقض بالفصل الاول فتامل في التوجيه **قوله** لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير اذ الفعل لا يصلح تفسيرا للاسم كذا في المبسوط والمحيط وعليه عامة الشراح قال تاج الشريعة لان قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا لقول المتكلم ونقله صاحب العناية بقيل بعد ان ذكر مختار العامة اقول ليس هذا بصحيح لان قوله تسكنها ليس بفعل المخاطب السكنى الذي دل عليه لفظ تسكنها والكلام في عدم صلاحية هذا اللفظ للتفسير فعل القول العاقل ان يفسر فعل المتكلم فعل المخاطب **قوله** وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية قال صاحب العناية في حل هذا الكلام وهذا اي جوازه باعتبار ان المشاع قابل لحكمه اي لحكم عقد الهبة وهو الملك كما في البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح ان يكون محلا له لان المحلية عين القابلية او لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من اهله مضافا الى محله ولا مانع ثمه وكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز ان يكون الشيوع مبطلا اجاب وكونه تبرعا يعني لم يعهد ذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية بان دفع الف درهم الى رجل على ان يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشركته وبان اوصى لرجلين بالف درهم كان ذلك صحيحا فدل على ان الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا انتهى كلامه اقول تعسف الشارح المذكور في بيانه هذا من وجوه الاول انه جعل لفظ هذا في قول المصنف وهذا لان المشاع اشارة الى جواز عقد الهبة فيقتضي هذا ان يكون قول المصنف رح وهذا لان المشاع الى آخره دليلا على اصل مدعى الشافعي رح وهو قوله يجوز في الوجهين فيكون دليلا ثانيا عليه فكان ينبغي ان يقول المصنف رح ولان المشاع بدل قوله وهذا لان المشاع والثاني انه ارتكب تقدير مقدمات

ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض كيلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة

حيث قال فكان العقد صادرا من اهله مضافا الى محله ولا مانع ثمه فكان جائزا والباعث عليه جعله لفظ هذا اشارة الى جوازه والثالث انه حمل قول المصنف وكونه تبرعا الى آخره على الجواب عن سؤال يرد بطريق المنع على مقدمة من المقدمات التي قدرها وهي قوله ولا مانع ثمه والحق عندي ان مقصود المصنف من قوله وهذا لان المشاع الى آخره اثبات كبرى الدليل السابق وهي قوله فيصح في المشاع لا اثبات اصل المدعى ولفظ هذا اشارة الى مضمون ما تلك الكبرى فالمعنى وهذا اي صحته في المشاع او كونه صحيحا في المشاع لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له فلا يلزم حينئذ الوجهان الاولان من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية اما الاول منهما فظاهر جدا واما الثاني فلسقوط الاحتياج حينئذ الى ما قدره من المقدمات الزائدة كما يظهر بادنى التامل الصادق ثم ان قوله وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع جواب عن سؤال يرد على الدليل المذكور بطريق المعارضة وهو ان يقال ان عقد الهبة عقد تبرع فلو قلنا بجوازه في المشاع لزم في ضمنه وجوب ضمان القسمة والواهب لم يتبرع به فيكون الزاما عليه بما لم يلتزمه وهو باطل فقال كونه عقد تبرع لا يمنعه الشيوع كالقرض والوصية يعني ان الشيوع في القرض والوصية كما لا يمنع كونهما عقد تبرع كذلك لا يمنع في الهبة فلا يلزم حينئذ الوجه الثالث ايضا من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية وهو حمل الكلام المذكور على الجواب عما يرد على مقدمة غير مذكورة كما عرفت فتبصر **قوله** ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة يعني ان في تجويز عقد الهبة في المشاع الزام الواهب شيئا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة وذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل هذا ضرر مرضي لان اقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والضار من الضرر ما لم يكن مرضيا اجيب بان المرضي منه ليس ما هو القسمة ولا ما يستلزمها بالجواز ان يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها كذا في العناية اخذا من شرح تاج الشريعة وتبعهما الشارح العيني اقول في الجواب بحث لانه اذا لم يكن الملك المشاع قسمة ولا مستلزما لها لم يتم نفس هذا الدليل اعني قوله ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة لان الذي يستلزمه تجويز هبة الشيء انما هو الزام ما هو حكم الهبة وهو ثبوت الملك للموهوب له وشيئا يستلزمه حكمها واما ما ليس بحكم الهبة ولا شيئا من لوازم حكمها فلا يستلزمه تجويز الهبة في شيء فاذا لم يكن القسمة نفس حكم الهبة ولا شيئا يستلزمه حكمها فاين يلزم من تجويز هبة المشاع الزام الواهب مؤنة القسمة حتى يلزم الزامه ما لم يلتزمه لا يقال الذي لا يستلزم القسمة هو الملك المشاع وهو الذي ذكر في الجواب وما هو حكم الهبة هو الملك المفرز وهو يستلزم القسمة لانا نقول لا نسلم ان حكم الهبة مطلقا هو الملك المفرز بل حكمها هو الملك مطلقا الا يرى ان هبة المشاع الذي لا يحتمل القسمة جائزة بالاتفاق وحكمها ثابت قطعا مع ان حكمها هناك ليس الملك المفرز بلا ريب بل هو الملك المشاع ولئن سلم ان حكمها مطلقا هو الملك المفرز لم يصح قول المجيب ان المرضي منه ليس القسمة ولا يستلزمها لان من اقدم على الهبة يرضى بحكمها قطعا فلو كان حكمها مطلقا هو الملك المفرز تعين الرضى منه بما يستلزم القسمة وهو الملك هذا واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال فيه بحث فانه يعلم انه اذا طالب شريكه القسمة لا ينفعه اباؤه على ان له ان يرجع عن هبته ولا يلزمه المؤنة فليتامل انتهى اقول كل واحد من اصل بحثه وعلاوته ساقط اما الاول فلانه وان علم انه اذا طالب شريكه القسمة لا ينفعه اباؤه الا ان طالب شريكه اياه غير متعين بل محتمل والاقدام على العقد انما يقتضي الرضى بما هو من ضروريات ذلك العقد ولوازمه لا بما هو من محتملات ذلك واما الثاني فلان في رجوعه عن هبته ضررا آخر له وهو حرمانه عن ثواب الهبة فلزم ان يتوقف دفع ضرر مؤنة القسمة عن نفسه عن ارتكاب ضرر آخر لنفسه فكان في تجويز هبة المشاع الزام الواهب احد الضررين وذلك لا يجوز ايضا بل يجوز ان لا يقال ان يكون بناء جواز هبة المشاع على جواز الرجوع عنها وليس بمنزلة بناء تحقق الشيء على انتفائه على انه ليس له الرجوع عن هبته في كثير من المواد وهي التي تحقق فيها الموانع عن الرجوع كما سيأتي

والمهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح والبيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولأنها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملاً بالشبهين على أن القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لأن الحكم يدار على نفس الشيوع **قال** ومن وهب شقصاً مشاعاً فالهبة فاسدة لما ذكرنا فإن قسمه وسلمه جاز لأن تمامه بالقبض وعنده لا شيوع **قال** ولو وهب دقيقاً في حنطة أو دهناً في سمسم فالهبة فاسدة فإن طحن وسلمه لم يجز وكذا السمن في اللبن لأن الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلاً فلا ينعقد إلا بالتجديد بخلاف ما تقدم لأن المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الأرض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع لأن امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالمشاع **قال** وإذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يجدد فيها قبضاً لأن العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما إذا باعه منه لأن القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة أما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لأنه في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه لأن يده كيده بخلاف ما إذا كان مرهوناً أو مغصوباً أو مبيعاً بيعاً فاسداً لأنه في يد غيره أو في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا إذا وهبت له أمه وهو في عيالها والأب ميت ولا وصي له

في الكتاب فيلزم المحذور في مثل ذلك ثم أقول بقي شيء في أصل هذا التعليل وهو أن واهب المشاع إما أن يرضى بالقسمة أو يمتنع عنها فإن رضي بها كان ملتزماً إياها فلم يكن في إلزام مؤنة القسمة إلزام ما لم يلتزمه وإن امتنع عنها لم يلزمه مؤنة القسمة عند أبي حنيفة رح لأن مؤنة القسمة على الطالب دون الممتنع عنده على ما يجيء في كتاب القسمة فلم يتمش هذا التعليل على قوله **قوله** والمهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أنه إن لم يلزمه فيما لا يقسم مؤنة القسمة فقد لزمته المهايأة وفي إنها إلزام ما لم يلتزم ومع ذلك العقد جائز فليكن مؤنة القسمة فيما يقسم كذلك فأجاب بأن المهايأة يلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة لأن المهايأة قسمة المنفعة والهبة التي هي عقد التبرع إنما لاقت العين ولا إلزام فيه فيما لا يقسم فلم يكن ذلك ضماناً في عين ما تبرع به بخلاف مؤنة القسمة فيما يقسم هذا خلاصة ما في جملة الشروح والكافي ههنا وقال صاحب العناية بعد ذلك وللقائل أن يقول إلزام ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة إن كان مانعاً عن جوازها فقد وجد وإن خصصتم بعوده إلى ما تبرع به كان تحكماً والجواب تخصيصه بذلك ويدفع التحكم بأن في عوده إلى ذلك إلزام زيادة عين هي أجرة القسمة على العين الموهوبة بإخراجها عن ملكه وليس في غيره ذلك لأن المهايأة لا يحتاج إليها انتهى كلامه أقول لا يرى في الجواب الذي ذكره كثير طائل في دفع سؤال سائل لأن حاصله أن في عوده إلى ما تبرع به إلزامه إخراج عين هي أجرة القسمة عن ملكه وليس ذلك في المهايأة فللقائل أن يقول إن لم يكن في المهايأة إلزامه إخراج عين في ملكه ففيه إلزامه إزالة النفع في زمان معين عن تصرفه وكون الأول أكثر ضرراً من الثاني مطلقاً غير مسلم فكم من منفعة كمنفعة دار ونحوها يكون أعز وأشرف من مقدار عين تصير أجرة قسمة فيكون إزالتها عن الانتفاع بها أشق على الإنسان وأكثر ضرراً له من إخراج مقدار عين تصير أجرة قسمة عن ملكه وأما الزيادة على العين الموهوبة فمتحققة في الصورتين معاً غير أن الزائد عليها في أحدهما العين وفي الأخرى المنفعة والأظهر في الجواب عندي أن يقال تخصيص ذلك بما إذا عاد إلى ما تبرع به ولا يلزم التحكم لأن المحذور في إلزامه ما لم يلتزمه فيما إذا عاد إلى ما تبرع به لزوم المنافاة فإن التبرع ينافي الإلزام فلا يجتمعان في محل واحد وفيما إذا لم يعد إلى ما تبرع به لا يلزم المنافاة فإن المهايأة لاقت المنفعة والهبة لاقت العين فلم يتواردا الإلزام والتبرع إذ ذاك محلاً واحداً فلا محذور فيه ثم إن صاحب غاية البيان بعد أن بين مراد المصنف رح على النهج المزبور قال والجواب الصحيح أن يقال هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة لما لم يلزمه ههنا ضمان القسمة على الواهب صحت وقولهم يؤدي ذلك إلى إلزام التهايؤ فنقول لا نسلم لأن التهايؤ ليس بواجب لأن فيه إعارة كل منهما نصيبه من صاحبه والإعارة لا تكون واجبة انتهى كلامه أقول لعل هذا الجواب ليس بصحيح لأن التهايؤ يجب ويجري فيه جبر القاضي إذا طلبه أحد الشركاء سيما فيما لا يقسم نص عليه في عامة الكتب وسيأتي بيان ذلك في فصل المهايأة من كتاب القسمة وما ذكره بقوله لأن فيه إعارة كل واحد منهما نصيبه إلى آخره وجه القياس وقد صرحوا بأن القياس يأباه ولكنا تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهايأة بعينها وللحاجة إليه إذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فأشبه القسمة فقولهم في هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة يؤدي ذلك إلى إلزام التهايؤ مما لا يقبل المنع أصلاً **قوله** وإذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يجدد فيها قبضاً إلى قوله أما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه والأصل في ذلك أن تجانس القبضين يجوز نيابة أحدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز نيابة الأعلى عن الأدنى دون العكس فإذا كان الشيء وديعة في يد شخص أو عارية فوهبه إياه لا يحتاج إلى تجديد قبض لأن كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوباً أو ببيع فاسد فوهبه إياه لم يحتج إلى تجديده

وكذلك كل من يعوله ان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه الدائر بين النافع والضار فاولى ان يملك النافع وان وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الاب او جد
اليتيم او وصيه جاز لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان كان في حجر امه فقبضها له جائز لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى
الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل النافع وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له عليه يدا معتبرة الا ترى انه لا يتمكن اجنبي آخر ان ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه
وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه
دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونها الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة
في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضوره لا ضرورة قال واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها
جملة فلا شيوع وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة رح وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع
كما اذا رهن من رجلين دارا وله ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت الهبة فيما لا يقسم فقبل احدهما صح

لان الاول اقوى فينوب عن الضعيف ولو كانت وديعة فما جعه بخانه يحتاج اليه لان قبض الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان كذا في العناية وغيرها اقول يرد على ظاهر قوله او بيع فاسد فوهبه اياه ان البيع الفاسد يفيد الملك للمشتري عند اتصال القبض كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع واشار اليه المصنف رح فيما سياتي بعد اسطر بقوله او في ملك غيره لكن على ما صرح به الشراح قاطبة هناك فكيف يتصور هبة المقبوض ببيع فاسد وهو ملك الغير حتى يصح قوله فوهبه اياه بعد قوله او بيع فاسد فالجواب انه قد مر ايضا في باب البيع الفاسد ان لكل واحد من المتعاقدين بالبيع الفاسد فسخه قبل القبض وبعده رفعا للفساد فالمراد بقوله فوهبه اياه في البيع الفاسد بعد ان فسخ العقد فينتقل الملك الى البائع فيصح هبته اياه بل لا يبعد ان يجعل نفس الهبة فسخا للبيع الفاسد اقتضاء وقصد بعض الفضلاء توجيه هذا المحل بوجه آخر فقيد قول صاحب العناية او بيع فاسد بقوله بلا اذن البائع وقال فلا يرد ان المقبوض في البيع الفاسد يكون ملكا للقابض على ما يجي بعد اسطر فكيف يصح هبته انتهى اقول لا يخفى على ذي فطنة انه لا حاصل لما ذكره اذ لا يتصور بيع فاسد بلا اذن البائع لان البيع مطلقا لا ينعقد الا بايجاب وقبول والايجاب هو الاذن من البائع لا يقال يحتمل ان يكون مراده بالبائع في قوله بلا اذن البائع هو المالك فيجوز ان يبيع فضولي مال احد بغير اذن مالكه بيعا فاسدا ويقبضه المشتري لانا نقول فاذا اذن المالك في ذلك يكون البيع باذن البائع اي المالك وان لم ياذن له فيه لا ينفذ البيع اصلا فيكون يد القابض يد الغصب او يد الامانة لا يد القبض بالبيع الفاسد والكلام فيه تدبر **قوله** وكذلك كل من يعوله اي قبض الهبة لاجل اليتيم يصح من كل من يعوله نحو الاخ والعم والاجنبي كذا في الشروح قال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه لعب هذا البيان يطلق في الكتاب جواز قبض هولاء ولكن ذكر في الايضاح ومختصر الكرخي ان ولاية القبض لهولاء اذا لم يوجد واحد من الاربعة وهم الاب ووصيه والجد ابو الاب بعد الاب ووصيه فاما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي في عيال القابض او لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه او اجنبيا لانه ليس لهولاء ولاية التصرف في ماله فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له فاذا لم يبق واحد جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ الا يرى انه يؤدبه ويسلمه في الصنائع فقيام هذا القدر من الولاية يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك يتسمح واري انه لم يطلق ولكنه اقتصر في التقييد على ذلك لانه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك اذا وهبت له امه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف ايضا لكنه اقتصر عن ذكر الجد ووصيه للعلم بان الجد الصحيح مثل الاب في اكثر الاحكام ووصيه كوصي الاب انتهى كلامه اقول ليس هذا توجيه صحيح اذ قد تقرر في كتب العربية ان القيد اذا كان مقدما على المعطوف عليه فالظاهر تقييد المعطوف به كقولنا يوم الجمعة سرت وضربت زيدا وليس ذلك بالقطعي ولكنه السابق الى الفهم في الخطابيات واما اذا كان موخرا عن المعطوف عليه فلا يفهم منه تقييد المعطوف به ايضا اصلا وقيد المعطوف عليه فيما نحن فيه موخر فلا يدل على تقييد المعطوف به في شي فيضمحل ما توهمه صاحب العناية **قوله** ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح قال صاحب النهاية قوله في الصحيح متعلق بقوله ويملكه مع حضرة الاب اي ويملك الزوج قبض الهبة لاجل امراته الصغيرة مع حضرة ابيها في الصحيح وكان هذا احترازا عما ذكر في الايضاح بقوله وتاويل هذه المسئلة ان قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا وقال انما قلت هذا لان في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب وغيبته غيبة منقطعة ليست رواية اخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازا عنها انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب العناية ومعراج الدراية اقول فيه نظر لان شيخ الاسلام خواهرزاده قال في مبسوطه فمن مشائخنا

ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملا اذ لا شيوع ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لم يجز قالا يجوز للغنيين ايضا جعل كل واحد منهما كانه انفرد والصلاحية ثابتة لان كل واحد منهما تمليك بغير بدل وفرق بين الهبة والصدقة في الحكم وفي الجامع وفي الاصل سوى فقال وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على الغنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن ابي يوسف رح فيه روايتان فابو حنيفة رح مر على اصله وكذا محمد رح والفرق لابي يوسف رح ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض

من سوى بين الزوج وبين الاجنبي والام والجد والاخ وقالوا يجوز قبض هؤلاء عن الصغير اذا كان في عيالهم وان كان الاب حاضرا كما في الزوج ومنهم من فرق وقال بان قبض الزوج يجوز على امرأته الصغيرة اذا كانت في عياله حال حضرة الاب وحال غيبته وفي الاجنبي يجوز قبضه للصغير حال عدم قريب آخر الصغير وفيما ذكر من الاقارب حق القبض حال غيبة الاب اذا كان الصغير في عيالهم فلا يكون لهم القبض عن الصغير حال حضرة الاب الى هنا كلامه فظهر منه ان في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة قولا آخر يخالف القول المذكور فيصح ان يقع قوله في الصحيح احترازا عنه كما لا يخفى وانا اتعجب من صاحب العناية انه بعد ان رأى ما سرح به في مبسوط شيخ الاسلام من اختلاف المشائخ في هذه المسئلة مذكورا في غاية البيان مع تفصيلات اخر بطريق النقل عن مبسوط شيخ الاسلام ذلك الامام كيف تبع مع رأي صاحب النهاية في جعل قول المصنف رح في الصحيح متعلقا بقوله ويملكه مع حضرة الاب مع كونه بعيدا من حيث اللفظ والمعنى اما بعده من حيث اللفظ فظاهر لانه يقع حينئذ فصل كثير بين المتعلق والمتعلق به من غير ضرورة تدعو اليه واما بعده من حيث المعنى فلانه لو كان مراد المصنف رح بقوله في الصحيح هو الاحتراز عما ذكر في الايضاح من ان قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا لقال ويملكه مع حيوة الاب بدل قوله ويملكه مع حضرة الاب لان الحضرة انما تقابل الغيبة دون عدم الحيوة تامل تقف قوله ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع قال صاحب العناية في شرح هذا الدليل ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف وهو غير ممتاز فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس منع الشيوع بجواز الهبة الا لذلك واذا ثبت الملك مشاعا وهو حكم التمليك ثبت التمليك كذلك اذ الحكم يثبت بقدر دليله وهذا استدلال من جانب الملك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال ان في تقرير الدليل بما حرره الشارح لغا قول المصنف رح فيكون التمليك كذلك وقال والظاهر من مساق المصنف رح ان كلا الدليلين استدلال من جانب التمليك انتهى اقول كانه فهم من قول صاحب العناية وهذا استدلال من جانب الملك ان مراده ان هذا الاستدلال تمم بجانب الملك فقط ولذا رد عليه انه لغا حينئذ قول المصنف رح فيكون التمليك كذلك وليس كذلك بل مراده ان هذا هو الاستدلال هو جانب الملك كما افصح عنه من الابتداء بقوله من جانب الملك وهذا لا ينافي ان تتفرع عليه كون التمليك ايضا كذلك فحصل من المجموع تمام الدليل ثم ان قوله والظاهر من مساق المصنف رح ان كلا الدليلين استدلال من جانب التمليك ممنوع كما لا يخفى على الناظر في الكتاب قوله ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن ابي يوسف رح فيه روايتان اعلم ان التفصيل في الهبة اما ان يكون ابتداء من غير سابقة الاجمال او يكون بعد الاجمال فان كان الاول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كالثلث والثلثين او بالتساوي كالتنصيف وان كان الثاني لم يجز عند ابي حنيفة رح مطلقا اي سواء كان متفاضلا او متساويا وجاز عند محمد رح مطلقا وفرق ابو يوسف رح بين المفاضلة والمساواة ففي المفاضلة لم يجوز وفي المساواة جوز في رواية وقد اشار اليه المصنف رح بقوله عن ابي يوسف رح فيه روايتان ثم ان صاحب النهاية جعل المصنف رح ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن ابي يوسف رح فيه روايتان تفصيلا ابتدائيا حيث قال ولو فصل ابتداء بالتنصيف من غير سابقة الاجمال بان قال لاحدهما وهبت لك نصف الدار ولهذا نصفها لم يجز بلا خلاف بهذا ذكر في عامة النسخ من الذخيرة والايضاح وغيرهما وذكر في الكتاب عن ابي يوسف رح فيه روايتان انتهى كلامه وقال صاحب العناية بعد ذكر ما ذهب اليه صاحب النهاية ههنا وليس هذا بظاهر لان المصنف رح عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر انه ليس ابتدائيا انتهى اقول يرشد الى ما قال صاحب العناية ان المصنف رح قال ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها

باب ما يصح رجوعه وما لا يصح

قال واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على اصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزء له ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي ما لم يعوض

ولم يقل ولو وهب لاحدهما نصفه وللآخر نصفه اذ لو كان مراده العطف على اول المسئلة الاولى لكانت المسئلة الثانية مسئلة مستقلة مبتدأة فيجب ان يقول ولو وهب بدل ولو قال كما في سائر مسائل الهبة ولما قال ولو قال علم ان مراده العطف على ما في آخر المسئلة الاولى من التفصيل الواقع بعد الاجمال فيكون الفرق بين المسئلتين بوقوع التفصيل بعد الاجمال في الاولى بطريق المنافاة وفي الاخرى بطريق المساواة

باب الرجوع في الهبة لما كان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له ملكا غير لازم حتى يصح الرجوع احتاج الى بيان مواضع الرجوع وموانعه وهذا بابه **قوله** واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها قال صاحب النهاية هذا اللفظ يحتاج الى القيود واتي اثر ... هبة للاجنبي او لذي رحم ليس بمحرم او لذي محرم ليس برحم وسلمها اليه ولم يقترن بها ما يمنع الرجوع من الزوجية والعوض والزيادة وغيرها حالة عقد الهبة فله الرجوع فيها اما بالقضاء او بالرضا من غير استحباب بل هو مكروه فبين وجه كون هذه القيود محتاجا اليها بما لا مزيد عليه وقال صاحب العناية والمراد بالاجنبي ههنا من لم يكن ذا رحم محرم منه فيخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبني الاعمام والاخوال ومن كان له محرما ليس بذي رحم كالاخ الرضاعي وخرج بالتذكير في قوله وهب والاجنبي الزوجان ولا بد من قيدين آخرين احدهما وسلمها اليه والثاني لم يقترن من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتمادا على انه يفهم ذلك في اثناء كلامه انتهى اقول في قوله وخرج بالتذكير في قوله وهب والاجنبي الزوجان خلل فاحش اذ لو قصد بالتذكير في قوله وهب والاجنبي اخراج المونث لخرج من هذه المسئلة كل هبة كانت بين الامرأتين وكل هبة كانت بين الرجل والمرأة وانما يبقى فيها الهبة التي كانت بين الرجلين ولا يخفى فساد ذلك بل الصواب ان التذكير الواقع في هذه المسئلة ليس لاخراج المونث وانما هو للجري على ما هو المتعارف في امثالها من تغليب الذكور على الاناث كما في خطابات الشرع على ما تقرر في علم الاصول وان الزوجين انما يخرجان من هذه المسئلة بثاني القيدين

نيا في اللذين اعترف الشارح المذبور ايضا بانه لا بد منهما واعتذر عن تركهما بما ذكره وذلك ان لم يقترن من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة اذ لا شك ان الزوجية من جملة تلك الموانع ثم اقول للمانع ان يمنع انفهام القيد الاول من ذينك القيدين في اثناء كلام القدوري في مختصره والعمدة في هذه المسئلة على القدوري لانها من مسائل مختصره انتهى فتامل **قوله** ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض لا يقال يجوز ان يكون المراد منه ما قبل التسليم فلا يكون حجة لانا نقول لا يصح ذلك لانه اطلق اسم الهبة على المال وذا لا يكون قبل القبض والتسليم ولانه عليه السلام جعله احق بها وهذا يقتضي ان يكون لغيره فيها حق وذلك انما يكون بعد القبض ولانه لو كان كذلك لخلا قوله ما لم يثب منها عن الفائدة اذ هو احق وان شرط العوض قبله كذا في النهاية والكفاية وهكذا ذكر في العناية ايضا الا الوجه الاول من الوجوه الثلثة المذكورة في الجواب وقد اشار في الكافي ايضا الى تلك الوجوه الثلثة حيث قال ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض والمراد حق الرجوع بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم واضافتها الى الواهب باعتبار انها كانت له كرجل يقول اكلنا خبز فلان الخباز وان كان اشتراه منه ولانه اثبت للواهب حقا اغلب من حق الموهوب له ولا يجتمع الحقان وحق الواهب اغلب الا بعد تمام الهبة بالقبض اذ لا حق للموهوب له قبل القبض ولما مد هذا الحق الى وصول العوض اليه وذا في حق الرجوع بعد التسليم انتهى اقول في الوجه الاول والثاني من تلك الوجوه بحث اما في الاول فلان عدم صحة اطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض والتسليم ممنوع فان القبض ليس من اركان عقد الهبة بل هو شرط تحقق حكمه كما تقرر فيما مر فكان خارجا عن حقيقة الهبة ولئن سلم عدم صحة اطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض فلم لا يجوز اطلاق ذلك عليه مجازا باعتبار

ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فتثبت ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله والمراد بما روى نفى استبداد الرجوع واثباته للوالد

مائول اليه كما فى قوله انى اعصر خمرا وقد جوزت اضافتها الى الواهب باعتبار انها كانت له وهذا ليس بابعد من ذلك واما فى الثانى فلانه قد تقرر فى علم العربية انه يجوز استعمال افعل مجردا عن معنى التفضيل مؤولا باسم الفاعل او الصفة المشبهة حال كونه عاريا عن اللام والاضافة ومن ومنه قوله تعالى وهو اهون عليه اذ ليس شئ اهون على الله تعالى من شئ فلفظ احق فى الحديث المذكور عار عن الامور الثلثة المذكورة فلم لا يجوز ان يعبر مجردا عن معنى التفضيل فيصير المعنى الواهب حقيق بهبته ما لم يثب منها فلا يقتضى ان يكون لغيره فيها حق نعم الظاهر الشائع ان يكون صيغة افعل مستعملة فى معنى التفضيل لكن المعترض مانع مستند باحتمال ان لا يكون معنى التفضيل مقصودا فى الحديث المذكور الذى استدلوا به على جواز الرجوع فى الهبة بعد القبض ولا يخفى ان الاحتمال كاف فى مقام المنع قادح فى مقام الاستدلال على ان لقائل ان يقول لو كان معنى التفضيل مقصودا بالحديث المذكور فصار المراد ان يثبت للواهب فى هبته حقا اغلب من حق الموهوب له فيها لما كان الرجوع عنها مكروها ولما قال النبى عليه السلام العائد فى هبته كالعائد فى قيئه لان الرجوع ح يصير فى حكم تفضيل الفاضل وترجيح الغالب فالوجه تجريد الاحق فى الحديث المذكور عن معنى التفضيل تطبيقا للمقامين وتوفيقا للكلامين فتامل ثم ان بعض الفضلاء قدح فى الوجه الثالث ايضا من تلك الوجوه حيث قال هذا يجر الى القول بمفهوم الغاية وقد نفاه الشارح يعنى صاحب العناية اقول صرح المحقق التفتازانى فى التلويح فى باب المعارضة والترجيح بان مفهوم الغاية متفق عليه فكيف ينفيه الشارح المذكور **قوله** ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فيثبت ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله قال صاحب العناية فى تعليل قوله ان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة لان العادة الظاهرة ان الانسان يهدى الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه انتهى وقال بعض الفضلاء المفهوم من هذا التقرير خلاف المدعى حيث خص التعويض بالمتساويين والمدعى كان اعم انتهى وقد سبقه الى هذا الدخل الشارح العينى حيث قال بعد نقل كلام صاحب العناية قلت فعلى هذا ليس له الرجوع الا فى الثالث ومع هذا له الرجوع فى الكل ما لم يعوض انتهى اقول يمكن توجيه ما ذكر فى العناية بان المراد بالتعويض فى قوله ان المقصود بالعقد هو التعويض اعم التعويض وفى قوله والى من يساويه ليعوضه هو التعويض المالى وبالتعويض فى قوله ان المقصود بالعقد هو التعويض اعم التعويض بالصيانة وبالخدمة وبالمال فالمخصوص بالمتساويين هو التعويض المالى واما التعويض المطلق فيوجد فى الاعلى والادنى والمساوى والتعليل المذكور يشمل الصور الثلث فلا يضره كون المدعى اعم فانه يدل على جواز الرجوع فى الكل ما لم يعوض تامل تفهم واعلم ان صاحب العناية ليس بمنفرد فى ذلك التقرير بل سبقه اليه صاحب النهاية وغيره فقال فى النهاية توضيحه ان المقصود من الهبة للاجانب العوض والمكافاة لان الانسان يهدى الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه ومنه يقال الايادى قروض انتهى ثم ان صاحب التسهيل اعترض على اصل هذا الدليل حيث قال اقول على هذا التعليل لو قيد بنفى العوض ينبغى ان يمتنع الرجوع لانه ظهر ان العوض ليس بمقصود ولكن قوله عليه السلام ما لم يعوض يدل على جواز الرجوع وان قيد بنفى العوض انتهى اقول يمكن ان يجاب عنه بانا لا نسلم ظهور ان العوض ليس بمقصود عند التقييد بنفى العوض فان التعويض من الموهوب له ليس بايجاب الواهب اياه والقائه بل بحسب مروة الموهوب له وجرى العادة على التعويض ونفى الواهب التعويض لا يفوت ذلك بل ربما يكون نفيه اياه سببا لهيجان مروة الموهوب له فيجوز ان يقصد الواهب بنفيه اياه ذلك المعنى ولئن سلمنا ظهور ذلك فنقول الوجه المذكور علة نوعية لاثبات نوع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد فى كل صورة كما قالوا مثل هذا فى الوجه الثانى من وجهى عدم جواز هبة المشاع فيما يقسم فيما مر فتذكر

فانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال الا ان يعوضه عنها لحصول المقصود او يزيد زيادة متصلة لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد قال او يموت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حيوته واذا مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه قال او تخرج الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه يتجدد الملك بتجدد سببه

قوله لانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا اي باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا في الحكم كذا في الكافي وعامة الشروح وقال بعض الفضلاء بل شراء اضرابا عن توهمهم وان لم يكن رجوعا في الحكم اقول ليس هذا بصحيح لان المراد بتملك الولد ههنا تملكه بطريق الانفاق على نفسه لا بطريق الشراء لان الشراء مما لا مساس له بالهبة فلا يناسب تاويل الحديث المذكور قطعا ولان قولهم للحاجة تعين الاول لعدم الاحتياج الى الحاجة في تملكه بالشراء على انهم صرحوا بالاول حيث قال في المبسوط فانه يحل له اخذه من غير رضى الولد ولا قضاء القاضي اذا احتاج اليه للانفاق على نفسه انتهى وقال في الكفاية من شروح هذا الكتاب فانه لا ينتقل بالرجوع فيما يهب لولده عند احتياجه الى ذلك للانفاق على نفسه انتهى الى غير ذلك من المعتبرات قوله وقوله في الكتاب فله ان يرجع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه قال الشارح العيني قيل قد استدل المصنف رح على كراهة الرجوع بهذا الحديث الصحيح ثم يشترطون في جوازه الرضا او القضاء فاذا كان الرجوع بالرضا فلا كلام فيه ولا اشكال واما اذا كان بالقضاء فكيف يسوغ للقاضي الاعانة على مثل هذه المعصية وكيف يكون اعانة على المعصية التي هي معصية اخرى منتجة للجواز واذا كان الرجوع قبل القضاء غير جائز فبعده كذلك لان قضاء القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال وانما قضاء القاضي اعانة لصاحب الحق على وصوله الى حقه فاذا كان الرجوع في الهبة لا يحل لا يصير بالقضاء حلالا وقد اعترف المصنف رح بعد ذلك بان في اصل الرجوع في الهبة وهاء فكيف يسوغ للقاضي الاقدام على امر مكروه انتهى كلامه اقول هذا الاشكال انما نشأ من عدم الوقوف على ان محل القضاء فيما نحن فيه ماذا فان الذي كان مكروها انما هو نفس الرجوع عن الهبة لا جواز الرجوع عنها والذي يكون محلا للقضاء انما هو جواز الرجوع عنها لا نفس الرجوع فان القاضي لا يقول للواهب في حكمه لقطع التنازع مع الموهوب له ارجع عن هبتك بل يقول لك الرجوع عنها مع كراهة فيه وليس في قضائه هذا اعانة على امر مكروه بل فيه اجراء حكم شرعي على محل استحقاقه وهو جواز الرجوع عن الهبة مع كراهة فيه فان رجع الواهب عنها بعد ذلك كان مرتكبا للمكروه بطوع نفسه لا باعانة القاضي عليه وان امتنع الموهوب له بعد ذلك عن دفعها اليه يلزمه القاضي دفعها اليه وليس فيه ايضا الزام المكروه لان دفع الهبة الى الواهب ليس بمكروه بل هو واجب على الموهوب له بعد ان رجع الواهب عنها بلا مانع عن الرجوع وان كان نفس الرجوع مكروها ثم ان القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال ولكن يجعل الضعيف قويا والمختلف فيه متفقا عليه يتعلق حكمه بذلك كما تقرر في موضعه ثم ان الضعيف اذا كان ناشيا من اختلاف العلماء في مسئلة لا يمنع القاضي عن الاقدام على الحكم بها سيما اذا وافق مذهبه وما نحن فيه من هذا القبيل كما ترى فاندفع الاشكال المذكور بحذافيره هكذا ينبغي ان يفهم هذا المقام قوله او يزيد زيادة متصلة قال صاحب العناية ولا بد من قيد آخر وهو ان يقال يورث زيادة في قيمة الموهوب انتهى اقول بل من ذلك القيد الآخر بقوله او يزيد زيادة متصلة لان ما لا يورث ذلك زيادة في قيمة الموهوب نقصان في الحقيقة وان كان في صورة الزيادة كما صرح به قاطبة حتى صاحب العناية نفسه حيث قال فيما بعد واما اشتراط كونها موثرة في زيادة القيمة فلانها لو لم يكن كذلك عادت نقصانا فرب زيادة صورة كانت نقصانا في المعنى كالاصبع الزائدة مثلا انتهى والظاهر ان الاعتبار للمعنى دون الصورة فلا احتياج الى قيد زائد ولقد احسن صاحب النهاية في البيان ههنا حيث قال ثم اعلم ان المراد من الزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب بشيء يورث زيادة في قيمة الموهوب كالسمن والجمال اما الوزاد الموهوب في نفسه لكن لا يورث تلك الزيادة زيادة في قيمته فهو ليس بزيادة حقيقة فلا يمنع الرجوع فانه قد يكون الشيء زيادة صورة ونقصانا معنى كالاصبع الزائدة وما اشبه ذلك وقال هذا كله في الذخيرة ثم اقول بقي ههنا شيء وهو انهم صرحوا بان الزيادة الصورية التي لا تورث زيادة في القيمة

[illegible]

كالزيادة المنفصلة تبطل القائمة وبالاصح الزائدة لا تمنع الرجوع مع ان الدليل الذي ذكره لمنع الزيادة المتصلة الرجوع موجود ههنا اذ لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد فاز بعينه في تلك الصورة ايضا فليتامل في التوجيه **قوله** فان وهب لاخوين دارا فانها ثابتة في ناحية منها نخلا قال صاحب العناية هذه نوع من الزيادة المتصلة وكان حقها التقديم انتهى اقول وجه التاخير ان المصنف رح كره ان يفصل بين الالفاظ المذكورة بطريق الاستثناء في مسئلة مختصر القدوري بذكر مسئلة مستقلة من مسائل الجامع الصغير وهي هذه المسئلة فان المستثنى مع المستثنى منه كلام واحد فلا ينبغي ان يذكر بينهما كلام آخر مستقل بنفسه قال بعض الفضلاء في الاعتذار عنه الا ان المصنف رح قصد سرد اصول الموانع ثم التفريع على الترتيب تاخير التفريع لما فيه من كثرة التفصيل انتهى اقول ليس كذا انتهى لان المصنف رح لو قصد سرد اصول الموانع ثم التفريع على الترتيب لما ذكر القرابة المحرمية والزوجية من اصول الموانع بين التفريعات بقوله وان وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها وبقوله وكذلك ما وهب احد الزوجين للآخر [illegible] **قوله** فان باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي اقول قيد النصف في الكتاب بكونه غير مقسوم والظاهر عدم التقييد بذلك كما وقع في عامة المعتبرات اذ الحكم فيما اذا باع نصفها مقسوما كذلك قطعا وتخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به وكان وجه التقييد في الكتاب ارادة اثبات الحكم في المقسوم بالطريق الاولى فانه لما صح الرجوع في الباقي فيما اذا باع نصفها غير مقسوم كان صحة الرجوع في الباقي فيما اذا باع نصفها مقسوما اولى كما لا يخفى وسياتي التعرض من الشراح لنظير هذا في قوله وان عوضه اجنبي عن الموهوب متبرعا فتبصر **قوله** وقال زفر رحمه الله يرجع بالنصف قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقال زفر رحمه الله يرجع بنصف العوض اقول هذا سهو فان المراد بالنصف في قول المصنف رح وقال زفر يرجع بالنصف انما هو نصف الهبة دون نصف العوض وهذا مع كونه ظاهرا من تقرير المصنف رح منصوص عليه في الكافي والكفاية وغاية البيان وغيرها **قوله** وفي اصله وهاء اي في اصل الرجوع ضعف قال صاحب الكافي في تعليل ذلك لان الواهب ان كان يطالب بحقه فالموهوب له يمنع ملكه وقال تاج الشريعة لانه ثابت بخلاف القياس لكونه تصرفا في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع واقتفى اثره صاحب العناية والشارح العيني اقول في قولهم ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع خلل لان الرجوع ثابت بخلاف القياس في جميع الصور اي فيما يوجد فيه المانع عنه وفيما لم يوجد فيه ذلك لكونه تصرفا في ملك الغير في الجميع فلا يصح تفريع بطلانه في صور تحقق المانع عنه على كونه ثابتا بخلاف القياس اذ لو كان علة البطلان ذلك لزم ان يبطل في جميع الصور لعدم انفكاكه عن تلك العلة في صورة فالصواب ان بطلانه بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع لما ذكر من الادلة المفصلة في مسائلها لا لكونه ثابتا بخلاف القياس واعترض بعض الفضلاء على قولهم لانه ثابت بخلاف القياس حيث قال فيه بحث لانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس اقول هذا ساقط لانه ان اراد بانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس انه يقتضي ان يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس ضعيفا فما المحذور في ذلك اذ الظاهر ان كل ما ثبت على خلاف القياس ضعيف بالنسبة الى ما ثبت على وفق القياس الا ترى انهم قالوا كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس من الاحكام يختص بمورد النص بخلاف ما ثبت به على وفق القياس وان اراد بذلك انه يقتضي ان يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس موقوفا على الرضاء او القضاء فهو ممنوع وانما يكون كذلك لو كان قوله وفي اصله وهاء علة تامة لعدم صحة الرجوع بدون الرضاء او القضاء وليس كذلك بل العلة التامة له مجموع قوله لانه مختلف بين العلماء وفي اصله وهاء وهو في حصول المقصود وعدمه خفاء ولا يجري هذه العلة بتمامها في كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس فلا انتقاض به ثم ان الامام المطرزي قال في المغرب الوهاء بالمد خطأ وانما هو الوهي مصدر وهى الحبل يهي وهيا

بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هنالك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا **قال** واذا تلفت العين الموهوبة فاستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع لا في ضمن غيره **قال** واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في المجلس في العوضين ويبطل بالشيوع لانه هبة ابتداء فان تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتجب فيه الشفعة لانه بيع انتهاء وقال زفر والشافعي هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا

اذ انعقد انتهى وقد نقله عنه كثير من الشراح ههنا ولم يتعرضوا له بشيء ونقله صاحب العناية ايضا وقال وهو خطأ لان هذا المقصور السماعي ليس بخطأ وتخطئته ما ليس بخطأ خطأ انتهى ولا يذهب على ذي فطانة ان الخطأ ههنا انما هو في كلام صاحب العناية فانه زعم ان الوهى في قول صاحب المغرب وانما هو الوهي مقصور الوها وليس كذلك قطعا بل هو على وزن الفعل بفتح الواو وسكون الهاء كالرمي ومن لم يتبين فيه قول صاحب المغرب مصدر وهي الحبل يهي وهيا حيث قال وهيا ولو كان مقصور الوها لقال وهى كما لا يخفى وقد تفطن الشارح العيني لهذا حيث قال وقول صاحب العناية لان هذا المقصور السماعي ليس بخطأ خطأ لان جواز ما المقصور السماعي مبني على وجود المقصور حتى يجوز والمصدر ههنا على وزن فعل بتسكين العين فمن اين يأتي المد انتهى ولكن خطأ صاحب المغرب بوجه آخر حيث قال فصاحب المغرب مصيب من وجه في قوله وانما هو الوهي يعني بتسكين العين ومخطئ من وجه في قوله الوهاء بالمد خطأ لان هذا ايضا مصدر على وزن فعال كما يقال في قلى يقلي قلاء وقلا على وزن فعال وفعل كذلك وقد قال الجوهري القلى البغض فان فتحت القاف مددت تقول قلاه يقليه قلى وقلاء انتهى كلامه اقول قد اخطأ هذا الشارح ايضا في تخطئة صاحب المغرب لان كون الوهاء على وزن بعض المصادر لا يقتضي ان يكون نفسه ايضا مصدرا اذ قد تقرر في علم الادب ان مصادر الثلاثي سماعي لا يثبت بالقياس فمجيء القلاء مصدرا من قلى يقلي كما ذكره الجوهري لا يقتضي ان يكون الوهاء ايضا مصدرا من وهى يهي فان الاول مسموع دون الثاني وقول صاحب المغرب الوهاء بالمد خطأ بناء على انه غير مسموع فلا غبار فيه على ان تخطئته اياه في قوله الوهاء بالمد خطأ بناء على تصويبه اياه في قوله وانما هو الوهي لان في قوله هذا قصر مصدر وهى يهي على الوهي بتسكين الهاء فكون الوهاء ايضا مصدرا منه ينافي ذلك قطعا ثم ان صاحب الكافي ومن اخذ حذوه من الشراح كصاحبي الكفاية ومعراج الدراية استدلوا على مسئلتنا هذه بدليل آخر غير مذكور في الكتاب حيث قالوا ولان الرجوع فسخ العقد فلا يصح الا ممن له ولاية عامة وهو القاضي او ممن له ولاية على انفسهما كالرد بالعيب بعد القبض انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلانه منقوض بفسخ العقد في البيع الفاسد اذ قد مر في فصل احكام البيع الفاسد من كتاب البيوع ان المشتري اذا قبض المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته ثم ان لكل واحد من المتعاقدين فسخه قبل القبض وكذا بعده ان كان الفساد في صلب العقد وممن له الشرط ان كان بشرط زائد ففسخ العقد هناك ممن له احدهما بدون رضى الآخر ولا القضاء فصار الدليل المزبور منقوضا به بل هو منقوض ايضا بسائر العقود الغير اللازمة لان كل واحد من المتعاقدين يتمكن من فسخها باستبداده كما صرحوا به في مواضعها واما ثانيا فلان قولهم كالرد بالعيب بعد القبض ليس بسديد اذ الحق هناك للمشتري في وصف السلامة لا في الفسخ والحق ههنا للواهب في نفس الفسخ كما صرحوا به فيما سياتي وفرقوا بينهما بهذا الوجه فلا يقتضي عدم انفراد المشتري هناك بالفسخ عدم انفراد الواهب ههنا به فلا يتم القياس ولا التشبيه تدبر

قوله بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا قال صاحب العناية في تعليل قوله لا في الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ انتهى اقول فيه بحث لانه ان اراد انه اذا كان العقد تاما لم يقتض ثبوت الفسخ بالفعل البتة فهو مسلم ولكن الكلام في حق الفسخ لا في ثبوت الفسخ بالفعل فلم يتم التقريب وان اراد انه اذا كان العقد تاما لم يقتض ثبوت حق الفسخ فهو ممنوع الا ترى ان عقد الهبة يتم بالقبض بعد الايجاب والقبول ومع هذا يقتضي ثبوت حق الفسخ بموجب قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها ولفوات المقصود بالعقد عادة عند عدم التعويض منها كما تقرر فيما مر فلم لا يجوز ان يثبت للمشتري ايضا حق الفسخ عند تحقق العيب بناء على فوات مقصوده بالعقد وهو سلامة المبيع فالاظهر في تعليل ذلك ان يقال لان البيع عقد لازم من المعاوضات فيمتنع ان يقتضي ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين لكونه منافيا للزوم العقد

ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملاً بالشبهين وقد امكن لان الهبة من حكمها تاخر الملك الى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه

فصل قال ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء

بخلاف عقد الهبة فانه عقد تبرع غير لازم فلا ينافيه ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين **قوله** ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين وقد امكن قال صاحب العناية في تقرير هذا الدليل ولنا انه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وامكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين امكن الجمع بينهما وجب اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجهين اولى من اعمال احدهما انتهى اقول فيه مناقشة وهي ان قوله لان اعمال الشبهين ولو بوجه اولى من اعمال احدهما يفيد اولوية اعمال الشبهين والمدعى وجوب اعمالهما كما ترى فلا التقريب ويمكن دفعها بعناية فتامل

فصل لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق وصارت بمنزلة مسائل شتى ذكرها في فصل على حدة **قوله** ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة توضيح هذا الدليل ان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا والعقد لا يرد على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الحمل لا غير لا يصح فكذا اذا استثنى على ما مر في البيوع فاذا لم يكن الاستثناء عاملا انقلب شرطا فاسدا لان اسم الجارية يتناول الحمل تبعا لكونه جزءا منها فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الملك في باب الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض والقبض لا يفسد بالشروط وانما يؤثر الشروط في العقود الشرعية هذا زبدة ما في الشروح وذكر صاحب الكفاية دليلا آخر على بطلان الاستثناء بعد ان ذكر ما في الكتاب حيث قال ولان الاستثناء تصرف في اللفظ فلا يعمل الا في الملفوظ والحمل جزء من اجزائها فيكون في حكم الاوصاف واللفظ يرد على الذات لا على الاوصاف فلا يصح استثناؤه لانه ليس بملفوظ انتهى اقول فيه بحث اذ لو صح هذا الدليل لدل على بطلان استثناء الحمل في الوصية ايضا بجريانه فيها بعينه وليس كذلك قطعا على ما صرحوا به قاطبة وسياتي في وصايا هذا الكتاب ان من اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه منه انتهى وقال في الكافي هناك فان قيل اذا لم يتناوله اللفظ فينبغي ان لا يصح الاستثناء لانه تصرف في اللفظ قلنا كفى لصحته [illegible] كما في استثناء ابليس على ان صحته لا يفتقر الى التناول اللفظي بدليل صحة استثناء قفيز حنطة من الف درهم انتهى فيدل ذلك على عدم صحة ما في الكفاية ههنا وطولب بالفرق ههنا بين الحمل وبين الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع فانه اذا وهب الرجل ما على ظهر الغنم من الصوف او ما في الضرع من اللبن وامره بجز الصوف وحلب اللبن وقبض الموهوب له ذلك فانه جائز استحسانا وفي الحمل لا يجوز واجيب بان ما في البطن ليس بمال اصلا ولا يعلم وجوده حقيقة بخلاف الصوف واللبن وبان اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن ان يجعل في ذلك نائبا عن الواهب بخلاف الجزاز في الصوف والحلب في اللبن كذا في الشروح وعزاه في النهاية الى المبسوط اقول في كل من وجهي الجواب المذكور نظر اما في وجهه الاول فلان ما في البطن لو لم يكن مالا اصلا ولم يعلم وجوده حقيقة لما صح اعتاقه وتدبيره والايصاء وقد صح كل منها على ما نصوا عليه في مواضعه ويدل على صحة الاولين المسئلتان الآتيتان ههنا وهما قوله ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز وقوله ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز واما في وجهه الثاني فلان كون اخراج الولد ليس اليه انما يقتضي عدم صحة الهبة فيما اذا امره الواهب بقبض الحمل في الحال واما فيما اذا امره بقبضه بعد الولادة فلا اذ يمكن له حينئذ ان يقبضه بعد الولادة اعانة بتدبير النيابة عن الواهب ولعل هذا هو السر في ان قال بعض اصحابنا ان امره في الحمل بقبضه بعد الولادة فقبض يجوز استحسانا كما في الصوف واللبن على ما ذكره صاحب النهاية في اول الجواب المذكور وقال ولكن الاصح انه لا يجوز في الحمل اصلا لان ما في البطن ليس بمال الى آخره ثم اقول على فرض ان يكون الجواب المذكور بوجهيه سالما عما ذكرناه ولا يدفع

ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء هو مشغول بملك المالك فان وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب له دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا ترى ان النبي عليه السلام اجاز العمرى وابطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات

به السؤال المذكور لان مورد ذلك السؤال قول المصنف والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع وحاصله ان الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع ايضا من اوصاف الحيوان كالحمل على ما تقرر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع فما الفرق بين الحمل وبين الصوف واللبن من هذه الحيثية حتى يصح الهبة فيهما دون الحمل والجواب المذكور انما يفيد الفرق بين الفصلين من حيثية اخرى وهذا لا يجدي شيئا في دفع مطالبة الفرق بينهما من الحيثية المذكورة في الكتاب فما يتم المطلوب **قوله** ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء هو مشغول بملك المالك فان قيل هب انها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة اجيب بان عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فانزل منفصلا في الحال مع ان الجنينين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كذا في العناية اخذا من النهاية اقول ليس الجواب بسديد اما اولا فلانه لو جعل الحمل منفصلا في الحال بناء على كونه في عرضية الانفصال في ثاني الحال كان في حكم المفرز المقسوم لا في حكم المشاع المحتمل للقسمة فكان اولى بجواز هبته فلا يتم التقريب واما ثانيا فلانه لا يلزم من عدم خروج الجنينين عن ملك الواهب كونه في حكم مشاع يحتمل القسمة اذ لا شك ان احتمال القسمة وعدم احتمالها لا يدوران على الدخول في الملك والخروج عنه بل على عدم انضرار التبعيض وانضراره كما عرف فيما مر فلم يتم قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة نعم يلزم من عدم خروج الجنينين عن ملك الواهب كون الجارية الموهوبة مشغولة بملكه كما في هبة الجوالق الذي فيه طعام الواهب ولكنه امر وراء احتمال القسمة فان قلت المراد بقوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة فكان من قبيل هبة مشغولة بملك الواهب لانه كان مشاعا يحتمل القسمة حقيقة ولهذا قال فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة ولم يقل فكان مشاعا يحتمل القسمة ويرشد اليه ان صاحب النهاية قال بعد قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كما في هبة الجوالق وفيه طعام الواهب لم يصح الهبة لان هبة ما هو مشغول بملك الواهب بمنزلة الشيوع في الهبة حكما لوجود اختلاط الملكين في الصورتين جميعا انتهى قلت مورد السؤال قول المصنف فبقي هبة المشاع لا قوله او هبة شيء هو مشغول بملك الواهب وما ذكرته انما يصلح توجيها للثاني دون الاول فلا يتم الجواب تامل تقف ثم ان صاحب العناية بعد ان ذكر السؤال والجواب المذكورين قال وكان المصنف لما استشعر هذا السؤال اردفه بقوله او هبة شيء مشغول بملك الواهب فهو كما اذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي انتهى اقول فيه ركاكة ظاهرة لان الجواب المذكور ان كان مقبولا عنده فاستشعار السؤال المسفور لا يقتضي ارداف الوجه الاول بشيء آخر لكون ذلك السؤال مندفعا عن الوجه الاول غير وارد عليه وان لم يكن مرضيا عنده كان عليه بيان خلله ولم ينبه قط **قوله** او وهب له دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل قال صاحب النهاية هذا على طريق اللف والنشر والاصح اعني ان قوله على ان يرد عليه شيئا متصل بقوله او وهب دارا وقوله او يعوضه شيئا منها متصل بقوله او تصدق عليه بدار وانما قلنا هذا لانه لو وصل قوله او يعوضه شيئا منها بقوله او وهب دارا كان هبة بشرط العوض والهبة بشرط العوض صحيح كما مر وانما يصح اشتراط العوض في الصدقة لا في الهبة وذلك انما يكون ان لو كان اشتراط التعويض موصولا بقوله او تصدق عليه بدار اللهم الا ان اراد بقوله او يعوضه شيئا منها او يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار فيصح حينئذ صرف قوله او يعوضه شيئا منها الى قوله واذا وهب دارا الا انه يلزم التكرار المحض من غير فائدة لشمول قوله على ان يرد عليه شيئا منها انتهى كلامه وقد اقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المواضع اقول في تحريرهما قصور اذ لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان معنى قوله او يعوضه شيئا منها بعد قوله على ان يرد عليه شيئا منها انما هو ان يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض عن كل الدار والمعنى الآخر مما لا يساعده اللفظ اذ لا تتسق لغة هو ان يرجع ضمير منها في قوله او يعوضه شيئا منها الى ما هو

قال ومن كان له على آخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك او انت برئ منها او قال اذا اديت الى النصف فلك النصف او انت برئ من النصف الباقي فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه ابراء وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول

غير مذكور ههنا اصلا كلفظ الاعواض فيصير المعنى او يعوضه شيئا من الاعواض لا من الدار فاستبعاد ارادة المعنى الاول لما يشعر به لفظ اللهم في قولهما اللهم الا ان اراد بقوله او يعوضه شيئا منها ان يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار مما لا ينبغي بالنظر الى نفس عبارة الكتاب ثم ان هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير ولفظ جامع الصغير في هذه المسئلة قطعي في المعنى الاول فانه قال فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في الرجل يهب للرجل هبة او يتصدق عليه بصدقة على ان يرد عليه ثلثها او ربعها او بعضها او يعوضه ثلثها او ربعها قال الهبة جائزة ولا يرد عليه ولا يعوضه شيئا منها الى ههنا لفظه ولا شك ان ثلث الدار وربعها بعض منها فاستبعاد ارادة ذلك المعنى بل تجويز ارادة معنى آخر بالنظر الى لفظ جامع الصغير الذي هو ماخذ عبارة الكتاب خطأ ظاهر لكن بقي في لزوم التكرار وسنذكر ما يتعلق به وكان الامام الزيلعي تنبه لسماجة الاستبعاد الذي لم يشعر به لفظ اللهم الواقعة في كلام الشارحين المذكورين حيث غير في شرح الكنز اسلوب تحريرهما فقال وقوله او يعوضه شيئا منها فيه اشكال فانه ان اراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط وان اراد به ان يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على ان يرد عليه شيئا منها انتهى كلامه اقول ولو اطلع على اصل هذه المسئلة وهو ما ذكر في الجامع الصغير لترك الترديد ايضا بل قصر على الشق الثاني لكون ذلك نصا في هذا الشق كما نبهت عليه آنفا ثم ان صاحب العناية كانه قد اطلع على اصل المسئلة ايضا حيث لم يتعرض الشق الاول اصلا بل ساق كلامه على ان يقرر الشق الثاني ولا يلزم التكرار فقال لا يتوهم التكرار في قوله على ان يرد عليه شيئا او يعوضه لان الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا فان كونه عوضا انما هو بالفاظ تقدم ذكرها انتهى اقول فيه كلام لانه ان اراد بالرد عليه ان لم يستلزم التعويض البتة فلم يختص الا انه يشتمل ذلك ويعمه ايضا بان يصدق على كل شيء من الدار الموهوبة اعطاء الموهوب له الواهب عوضا عن كل الدار انه مردود على الواهب فكان يحق له على ان يرد عليه شيئا منها مغنيا عن قوله او يعوضه شيئا منها فلم يكن في ذكر الثاني فائدة وهذا مراد من ادعى لزوم التكرار على تقدير كون قوله او يعوضه شيئا منها مصروفا الى الهبة دون التصدق وليس مراده ادعاء التحاد في المفهوم او في الصدق بين القولين المزبورين حتى ذلك التقدير حتى يفيد ما ذكره صاحب العناية قال صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام رايت في بعض الحواشي ان قوله او يعوضه شيئا منها يرجع الى التصدق فانه اذا تصدق بشرط العوض بطل الشرط واذا وهب بشرط العوض فالشرط صحيح اقول اذا وهب بشرط ان يعوض شيئا فالشرط باطل وشرط العوض انما يصح اذا كان معلوما فعلم ان قوله او يعوضه يرجع الى الهبة والصدقة الى ههنا كلامه اقول التوجيه الذي ذهب اليه صدر الشريعة خلاف ما اراده واضع هذه المسئلة فان واضعها الامام محمد رحمه الله تعالى وموضعها الجامع الصغير ولفظه فيه او يعوضه ثلثها او ربعها ولا يخفى ان ثلث الجارية وربعها امر معين معلوم فكان وضع المسئلة فيما اذا كان العوض معلوما الا ان مشايخنا المصنفين لما قصدوا الاجمال غيروا عبارة الجامع الصغير في هذه المسئلة فقالوا او يعوضه شيئا منها فلفظ شيئا من كلامهم لا من كلام الواهب حتى يتوهم اشتراط العوض المجهول ثم ان بعض العلماء رد على صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال فيه كلام وهو ان المفهوم من هذا القول انه اذا وهب بشرط ان يعوضه شيئا معينا من الموهوب يصح الشرط لان العوض معلوم مع انه ليس كذلك اذ قد صرح في غاية البيان بانه اذا وهب دارا وخمسة الدراهم بشرط ان يعوض بيتا معينا منها او درهما واحدا من تلك الدراهم يصح الهبة والشرط فاسد لان بعض الهبة لا يصلح ان يكون عوضا والمواهب ان يرجع في هبته لانعدام العوض وقال ذلك البعض ومن هذا يظهر فساد ما في بعض الحواشي ايضا كما لا يخفى انتهى اقول كلامه ناش من عدم تحقيق المقام وفهم المرام فان مدار ما رد صدر الشريعة في بعض الحواشي وما ذكره نفسه في رد ذلك على ان يكون المراد بالتعويض في قوله او يعوضه شيئا منها هو التعويض بعوض خارج عن العين الموهوبة فالمفهوم مما ذكره صدر الشريعة ومما ذكر في بعض الحواشي انما هو كون شرط العوض المعين الخارج عن العين الموهوبة صحيحا والامر كذلك بلا ريب

والتعليق بالشرط يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها **قال** والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده لما روينا ومعناه أن يجعل داره له مدة عمره وإذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله جائزة لأن قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما أنه عليه السلام أجاز العمرى ورد الرقبى ولأن معنى الرقبى عندهما إن مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كأنه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل وإذا لم تصح تكون عارية عنده لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع به

فصل في الصدقة **قال** والصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض لأنه تبرع كالهبة فلا تجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة لأن المقصود هو الثواب وقد حصل وكذلك إذا تصدق على غني استحسانا لأنه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وقد حصل وكذا إذا وهب لفقير لأن المقصود الثواب وقد حصل **قال** ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجميع ويروى أنه والأول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضاء ويقال له أمسك ما تنفق على نفسك وعيالك إلى أن تكتسب فإذا اكتسبت تصدق بمثل ما أنفقت وقد ذكرناه من قبل

في غاية البيان بل في عامة المعتبرات هو أنه إذا اشترط الواهب أن يعوضه بعضا من العين الموهوبة تصح الهبة ويفسد الشرط وهذا أيضا أمر مقرر إلا عند زفر ولكن كون الشرط صحيحا في هذه الصورة ليس بمفهوم مما ذكره صدر الشريعة ولا مما ذكر في بعض الحواشي فلا يرد على شيء منهما ما توهمه ذلك البعض نعم يرد على مدارهما أنه مما لا يساعده اللفظ أصلا في أصل وضع هذه المسألة كما نبهت عليه فيما مر ولكنه كلام آخر فليتأمل جدا فإن تحقيق هذا المقام على هذا المنوال والتدقيق فيما نقل عن القوم من الأقوال مما لم أسبق إليه فأشكر الله وأتوكل عليه **قوله** والتعليق بالشرط يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها قال صاحب العناية هذا إشارة إلى أن من الإسقاطات المحضة ما لا يحلف بها كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والإبراء عن الدين منها انتهى أقول في قوله والإبراء عن الدين فيها خبط ظاهر إذ قد مر آنفا أن الإبراء تمليك من وجه وإسقاط من وجه فكيف يكون من الإسقاطات المحضة وكأنه غفل عن قيد المحضة وهذا أعجب منه **قوله** وقال أبو يوسف رحمه الله جائزة لأن قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وعند أبي يوسف جائزة لأن قوله داري لك هبة وقوله رقبى شرط فاسد لأنه تعليق بالخطر لأن الرقبى مأخوذ من المراقبة والكل مأخوذ من الإرقاب فكأنه قال رقبة داري لك فصار كالعمرى انتهى أقول في الشق الثانية بحث إذ على تقدير أن يكون معنى قوله داري لك رقبى هنا أن يكون الرقبى مأخوذا من الرقبة رقبة داري لك لا يثبت قوله وقوله رقبى شرط فاسد إذ لا فساد في أن يقال رقبة داري لك فشيء مما ولا يتم قوله فصار كالعمرى كما لا يخفى **قوله** لأن معنى الرقبى عندهما إن مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة إلى آخره قال صاحب العناية يشير إلى أن أبا يوسف رحمه الله قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو أن يجعلها من الرقبة كما ذكرنا وقيل عليه إن اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد وإبداع الشيء في اللغة بعيد لأجل ما عنه مندوحة ليس بمستحسن إلى هنا كلامه أقول لا شك أن المصنف يشير بقوله المذكور إلى أن أبا يوسف رحمه الله قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر ولكن ليس مراده بتفسير آخر ما ذكره الشارح المزبور وهو أن يجعلها من الرقبة حتى يتجه عليه أن اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد بل مراده بذلك ما نبه عليه صاحب الكافي وجمهور الشراح بقولهم وحاصل الاختلاف بينهم راجع إلى تفسير الرقبى مع اتفاقهم أنها من المراقبة فحمل أبو يوسف رحمه الله هذا اللفظ على أنه تمليك للحال مع انتظار الواهب في الرجوع فالتمليك جائز وانتظار الرجوع باطل كما في العمرى وقالا المراقبة في نفس التمليك لأن معنى الرقبى هذه الدار لآخرنا موتا كأنه يقول أراقب موتك وتراقب موتي فإن مت قبلك فهي لك وإن مت قبلي فهي لي فكان هذا تعليق التمليك ابتداء بالخطر وهو موت المالك قبله وذا باطل انتهى قولهم فعلى هذا لا يتجه عليه أصلا ما ذكره صاحب العناية بقوله وقيل عليه إن اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به أحد إلى آخره كما لا يخفى ثم إن صاحب غاية البيان قال في هذا المقام وعندي قول أبي يوسف رحمه الله أصح إذ غاية ما في الباب أن يقال الشرط فاسد ولا يلزم من فساد الشرط فساد الهبة لأن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة كما في العمرى انتهى أقول فيه نظر لأن الهبة إنما لا تبطل بالشروط الفاسدة إذا لم يمنع الشرط ثبوت التمليك ابتداء وأما إذا منع ذلك فلا مجال لأن لا يبطل الهبة بالضرورة امتناع تحقق الهبة بدون تحقق التمليك وفيما نحن فيه يمنع الرقبى ثبوت التمليك ابتداء على تفسيرهما إياها كما تحققته آنفا ويؤيد هذا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وصح العمرى للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده ولو قال داري لك رقبى أو حبيس فهو باطل عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد خلافا لأبي يوسف رحمه الله والأصل أن الشرط في الهبة إذا كان يمنع ثبوت الملك للحال يمنع صحة الهبة وإن كان لا يمنع ذلك صح الهبة ويبطل الشرط ثم تفسير العمرى أن يقول جعلت هذه الدار لك عمرك فإذا مت فهي رد علي فيصح الهبة لأن هذا الشرط لا يمنع أصل التمليك وتفسير الحبيس أن يقول هي حبيس عندك فإن مت فهي لك وتفسير الرقبى أن يقول هذه الدار لآخرنا موتا وهي من المراقبة لأن كل واحد منهما يراقب موت صاحبه كأنه يقول أراقب موتك وتراقب موتي فإن مت فهي لك وإن مت فهي باطلة لأن هذا الشرط يمنع ثبوت الملك للحال إلى هنا كلامه فاضمحل ما قاله صاحب العناية

كتاب الاجارات

الاجارة عقد يرد على المنافع بعوض

كتاب الاجارات

لما فرغ من بيان احكام التمليك للاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان احكام تمليك المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع ولان في الاولى عدم العوض والعدم مقدم على الوجود ثم لعقد الاجارة مناسبة خاصة لفصل الصدقة من حيث انهما يقعان لازمين فلذلك اورد كتاب الاجارات متصلا لفصل الصدقة كذا في الشروح قال صاحب العناية وانما جمعها اشارة الى انها حقيقة ذات افراد فان لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان كاستيجار الدور والاراضي والدواب ونوع يرد على العمل كاستيجار المحترفين للاعمال نحو القصارة والخياطة وغيرها انتهى اقول فيه اختلال لانه ان اراد بالافراد في قوله ذات افراد الاشخاص الجزئية كما هو المتبادر من لفظ الافراد لم يحصل فائدة في جمعها اذ لا يتحمل عند احد ان يكون لحقيقتها فرد واحد شخصي او فردان شخصيان فقط حتى يجمعها للاشارة الى انها ذات افراد كثيرة على ان قوله فان لها نوعين لا يطابق المدعى حينئذ كما لا يخفى وان اراد بالافراد في قوله المذكور الانواع الكلية لم يتم بيانه بقوله فان لها نوعين الخ اذ بمجرد تحقق النوعين لها لا يصح ايرادها بصيغة الجمع على ما هو المذهب المختار من كون اقل الجمع ثلاثة واما الحمل على ما هو المذهب السخيف جدا من كون اقل الجمع اثنين فمما لا ينبغي ان يرتكب ويبنى عليه كلام المصنف الذي هو علم في التحقيق فالحق عندي ان يقال جمعها اشارة الى ان لها انواعا مختلفة نوع يصير المنفعة فيه معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى ونوع يصير المنفعة فيه معلومة بالتسمية كاستيجار رجل على صبغ ثوب او خياطة ونوع يصير المنفعة فيه معلومة بالتعيين والاشارة كاستيجار رجل لينقل هذا الطعام الى موضع معلوم وهذه الانواع الثلاثة هي التي اشير اليها في الكتاب بقوله والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة وتارة تصير معلومة بالتسمية وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة على ما سيأتي تفصيلها عن قريب

قوله الاجارة عقد على المنافع بعوض قال بعض الفضلاء ولو قال تمليك المنافع ونحوه لكان اولى لعدم تناوله النكاح فانه ليس تمليك انما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزيلعي بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمله الا ان يقال المراد عقد تمليك بقرينة الشهرة فليتأمل انتهى كلامه اقول ليس هذا بسديد اذ لو قال تمليك المنافع ونحوه لم يتفاوت الامر فان النكاح ايضا تمليك قطعا لا استباحة محضة والا لما وجب الاعتياض عنه بل لما جاز وقد افصحوا عن هذا في اول كتاب النكاح حيث فسروا النكاح في شرع في عامة الشروح بل المتون بانه عقد موضوع لملك المتعة وقال المستوفى بالنكاح مملوك للعاقد بدلالة جواز الاعتياض وبدلالة انه اختص به انتفاعا وحجرا وقالوا لا ينعقد النكاح بلفظ الاباحة والاحلال لانه ليس سببا لملك المتعة وما ذكره الزيلعي ههنا في شرحه للكنز من ان النكاح ليس تمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض مناقض لما اجمعوا عليه في كتاب النكاح من ان النكاح تمليك حتى ان صاحب الكنز نفسه صرح في اول النكاح بانه عقد يرد على تمليك المنفعة قصدا ومخالف لما تقرر عندهم من ان الاعتياض لا يجوز في الاباحة فان من اباح شيئا فانما يتلفه على ملك المبيح فلم يكن ذلك مما يعتاض به فلا يلتفت اليه والعجب ان ذلك البعض قال بعد كلامه المزبور ثم اعلم ان ما ذكره الزيلعي من قوله النكاح ليس تمليك بل هو اباحة مخالف لما سبق في اوائل كتاب النكاح من انه سبب لملك المتعة ولهذا لا ينعقد بلفظ الاباحة انتهى ولا يخفى ان بين كلاميه تدافعا فان مدار الاول صحة ما ذكره الزيلعي ومقتضى الثاني عدم صحته لكونه مخالفا لما تقرر فيما سبق ثم اقول يمكن ان يقال في دفع تناول تعريف الكتاب وغيره للنكاح ان المصنف قال في اوائل كتاب النكاح ولا ينعقد النكاح بلفظ الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة وقال صاحب الكافي والشراح هناك وعن الكرخي انه ينعقد بلفظ الاجارة لان المستوفى بالنكاح منفعة حقيقة وقد سمى الله تعالى العوض في النكاح اجرا بقوله تعالى فآتوهن اجورهن وهو يشعر بانه مشاكل للاجارة ولنا ان المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لا ينعقد الا مؤبدا والاجارة لا تنعقد الا موقتة

لان الاجارة في اللغة بيع المنافع والقياس يأبى جوازها لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة التمليك الى ما سيوجد لا يصح الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار

فبينهما منافاة فانه يصح الاستعارة انتهى كلامهم فاذا كان المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لم يصح بذلك جعل لفظ الاجارة استعارة للنكاح لم يتناول تعريف الاجارة بانها عقد على المنافع بعوض او بانها تمليك المنافع بعوض او نحو ذلك للنكاح تامل تقف وقال في غاية البيان وينبغي ان يقال عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم الى مدة معلومة حتى يخرج النكاح لان التوقيت يبطله انتهى اقول وهذا ايضا ليس بسديد اذ على تقدير ان يقال كذلك يخرج من التعريف كثير من الاجارات كما يخرج النكاح فانهم صرحوا بان المنافع في الاجارات تارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة وتارة تصير معلومة بالتسمية كاستيجار رجل على صبغ ثوب او خياطته وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كاستيجار رجل لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم وتعيين المدة انما يجب في القسم الاول من كتاب الاقسام الثلثة دون القسمين الاخيرين منها فتخرج الاجارات المندرجة تحت هذين القسمين من تعريف الاجارة على الوجه المذكور فيختل قطعا **قوله** لان الاجارة في اللغة بيع المنافع قال الشارح العيني قيل فيه نظر لان الاجارة اسم للاجرة وهي ما اعطيت من كراء الاجير كما صرحوا به قلت قد بينت لك عن قريب ان الاجارة يجوز ان يكون مصدرا فيستقيم الكلام انتهى اقول النظر المزبور ظاهر الورود لان المذكور في كتب اللغة انما هو ان الاجارة اسم للاجرة لا امر آخر وانما الذي هو بيع المنافع الايجار وقد كان هذا خطر ببالي حتى كتبته في مسوداتي من تلقاء نفسي قبل ان ارى ما كتبه غيري واما الجواب الذي ذكره بقوله قلت قد بينت لك عن قريب الى آخره فليس بشيء لان مراده بقوله قد بينت لك عن قريب ان الاجارة يجوز ان تكون مصدرا ما ذكره في صدر كتاب الاجارات بقوله ولا يمنع ان يكون مصدرا ايضا كما تقول كتب يكتب كتابة بعد قوله وهو جمع اجارة على فعالة بالكسر اسم للاجر بمعنى الاجرة من اجره اذا اعطاه اجره ولا يذهب عليك ان ذلك لا يجدي شيئا في الجواب عن النظر المزبور اذ قد تقرر في علم الادب ان مصدر الثلاثي سماعي لا قياس فيه فكون الكتابة مصدرا من كتب لا يقتضي كون الاجارة ايضا مصدرا من اجر فان الكتابة سمعت مصدرا من كتب واما الاجارة فلم تسمع مصدرا قط والكلام فيما سمع من اهل اللغة لا في الاحتمال العقلي على انه لو سلم مجيء الاجارة في اللغة مصدرا من اجره اذا اعطاه اجره كمجيء الاجر مصدرا منه لم يستقم الكلام ايضا اذ لا يكون الاجارة حينئذ ايضا في اللغة بيع المنافع بل يكون اعطاء الاجر وقد قال المصنف ان الاجارة في اللغة بيع المنافع فلا استقامة ثم ان صاحب العناية قال ههنا بين المفهوم الشرعي قبل اللغوي لان اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة وهو في بيان شرعيتها فالشرعي اولى بالتقديم انتهى اقول فيه بحث لان كون المفهوم الشرعي اولى بالتقديم بناء على انه في بيان شرعيتها لو تم لاقتضى تقديم المفهوم الشرعي على المفهوم اللغوي في جميع المواضع سواء كان المعنى الشرعي موافقا للمعنى اللغوي او مخالفا له مع ان داب المصنفين عن آخرهم جرى على تقديم بيان المعنى اللغوي على بيان المعنى الشرعي لكون اللغوي هو الاصل المتقدم فالوجه عندي ههنا ان المصنف سلك مسلك الاستدلال على كون الاجارة في الشرع عقدا على المنافع بعوض ولكن طوى الصغرى فكانه قال لان معنى الاجارة في الشرع معناها في اللغة ومعناها في اللغة بيع المنافع ولا يخفى ان المسلك يقتضي تقديم مفهومها الشرعي بناء على ما اشتهر من تقديم المدعى على الدليل تدبر فانه وجه حسن **قوله** الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار قال صاحب العناية في شرح هذا المحل الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثر لحاجة الناس فكان استحسانا بالاثر انتهى اقول في تقريره نوع مخالفة للمتبادر من قوله الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثر ومن قوله فكان استحسانا بالاثر ان تنحصر حجتها في الاثر والا لم يكن فائدة في ذكر قيد الاثر في الموضعين وليس كذلك اذ لم تنحصر في الاثر بل الكتاب ايضا دليل عليها كقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وكقوله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام اريد ان انكحك احدى ابنتي هاتين على ان تأجرني ثماني حجج وكذا اجماع الامة ايضا دليل عليها

وهو قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عليه السلام من استاجر اجيرا فليعلمه اجره و
ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب
بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة تملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة ولا يصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة
لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه وفي بدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان
يكون اجرة في الاجارة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره

كما ذكر في الكافي وغيره بخلاف تقرير المصنف كما لا يخفى على الفطن المتامل قوله وهو قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه قال الشراح
فان الامر باعطاء الاجر دليل على صحته اقول لقائل ان يقول سياتي في باب الاجارة الفاسدة انه يجب فيها اجر المثل اولا شك ان الواجب شرعا
مامور باعطائه من قبل الشرع فلم يكن الامر باعطاء الاجر دليل صحة العقد اللهم الا ان يقال وقع الامر في الحديث المذكور باعطاء الاجر المضاف الى الاجير
حيث قيل اعطوا الاجير اجره وذلك يقتضي كون المراد بالاجر المامور باعطائه الاجر المسمى للاجير دون اجر المثل مطلقا والامر باعطاء الاجر المسمى للاجير
لا يتصور الا في الاجارة الصحيحة فتبصر قوله وينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب
بالقبول قال بعض الفضلاء لا بد ان يتامل في هذا المقام فان الانعقاد هو ارتباط القبول بالايجاب فاذا حصل الارتباط باقامة الدار مقام المنفعة
تحقق الانعقاد فاي معنى للانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك انتهى كلامه اقول جواب هذا الاستشكال ينكشف جدا بما ذكره صاحب غاية البيان ههنا حيث
قال والمراد من انعقاد العلة ساعة فساعة في كلام مشائخنا على حسب حدوث المنافع هو عمل العلة ونفاذها في المحل ساعة فساعة لا ارتباط الايجاب
بالقبول كل ساعة وان كان ظاهر كلام مشائخنا يوهم ذلك ثم قال وفسر بعض مشائخنا على وجه آخر فقال اللفظان الصادران منهما مضافين الى
محل المنفعة وهو الدار صحا كلاما وهو عقد بينهما اذ العقد فعلهما ولا فعل يعد منهما سوى ترتيب القبول على الايجاب ثم الانعقاد حكم الشرع يثبت وصفا
لكلاميهما شرعا والعلة الشرعية مغايرة للعلل العقلية فانها يجوز ان ينفك عن معلولاتها فجاز ان يقال انعقد وجدانه عبارة عن كلاميهما والانعقاد
تراخي الى وجود المنافع ساعة فساعة بخلاف العلل العقلية فان الانكسار لا يصح انفكاكه عن الكسر الى ههنا كلام صاحب الغاية وكان ذلك المستشكل لم
ير هذا الكلام او لم يقع به وكلاهما مما لا ينبغي كما لا يخفى ثم ان صاحب العناية جعل قول المصنف والدار اقيمت مقام المنفعة الى آخره جوابا عن سؤال مقدر
حيث قال بعد شرح قوله وينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يصح رجوع المستاجر في الساعة الثانية
قبل ان ينعقد العقد فيها واذا استاجر شهرا مثلا ليس له ان يمتنع بلا عذر اجاب بقوله والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد ليرتبط
الايجاب بالقبول الزاما للعقد في المقدار المعين انتهى كلامه وقد تبعه الشارح العيني اقول فيه نظر لانه ان تحقق انعقاد العقد في ذلك المقدار المعين
كله بمجرد اقامة الدار مقام المنفعة في حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب بالقبول لم يظهر معنى قولهم وينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع
اذ يلزم حينئذ ان ينعقد في الساعة الاولى وهي ساعة العقد بالايجاب والقبول وارتباط احدهما بالآخر وان لم يتحقق ذلك الانعقاد بمجرد تلك
الاقامة بل حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما هو الظاهر من كلامهم يرد السؤال المقدر المزبور على قولهم وينعقد ساعة فساعة ولا يتم
قول المصنف والدار اقيمت مقام المنفعة الى آخره جوابا عن ذلك السؤال بل يحتاج الى جواب آخر كما لا يخفى فالاظهر ان ليس مراد المصنف بقوله
المذكور الجواب عن السؤال المزبور بل مراده به توجيه صحة العقد في المنافع المعدومة على اصل ائمتنا كما فصل في الكافي وسائر الشروح
سيما في غاية البيان فانه قال فيها بيان ما قلنا هو ان العقد لا بد له من محل لان المحل شرط صحة العقد لان العقود لا يصح بلا محل ولهذا
قال قال الفقهاء المحال شروط ومحل العقد ههنا هي المنافع وهي معدومة ولا يصلح المعدوم محلا للعقد فجعلت الدار محلا للعقد باقامتها
مقام المنافع التي ستوجد لان الدار محل المنافع تصحيحا للعقد حتى يرتبط الكلامان وهما الايجاب والقبول احدهما بالآخر على وجه يكون ان
علة سالحة في افادة الحكم وهو ملك المنافع التي ستوجد انتهى فتدبر قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان اي كالاعيان التي

لانه عوض مالي والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز طالت المدة او قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى الا ان في الاوقاف لا تجوز الاجارة الطويلة كيلا يدعى المستاجر ملكها وهي ما زاد على ثلث سنين وهو المختار

ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب مثلا فانها اذا كانت معينة تصلح ان يكون اجرة كما اذا استاجر دارا بثوب معين وان كان لا يصلح ثمنا لما تقرر في البيوع ان الاموال ثلثة ثمن محض كالدراهم ومبيع محض كالاعيان التي ليست من ذوات الامثال وما كان بينهما كالمكيلات والموزونات كذا في الشروح قال صاحب العناية وفيه نظر فان المقائضة بيع ليس فيها الا العين من الجانبين فلو لم تصلح العين ثمنا كانت بيعا بلا ثمن وهو باطل ويمكن ان يجاب بان النظر على المثال ليس من دأب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحا جاز ان تمثل بمثال آخر فليمثل بالمنفعة فانها تصلح اجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استاجر سكنى دار بركوب دابة ولا تصلح ثمنا اصلا الى هنا كلامه اقول لا النظر شيء ولا الجواب اما النظر فلان مراد المصنف بالثمن ههنا ما يجب في الذمة وعن هذا ترى صاحب الكافي وكثيرا من الشراح يقولون بعد قولهم لان الاجرة عوض مالي فيعتمد وجود المال واما الثمن فهو ما يجب في الذمة فيختص بما يثبت في الذمة ولقد افصح عنه صاحب العناية نفسه ايضا فيما بعد حيث قال ان الثمن شرط يكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك بخلاف الاجرة ولا شك في عدم صلاحية الاعيان التي ليست من ذوات الامثال لان يكون ثمنا بهذا المعنى لا في عامة الحالين ليكون المساومة بيعا بلا ثمن بهذا المعنى الا يرى ان الشارح المذكور نفسه قال في اول كتاب البيوع في انواع البيع اربعة بيع السلم بمثلها ويسمى مقائضة وبيعها بالدين اعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف وبيع الدين بالعين ويسمى سلما انتهى حيث جعل الدين مقابلا للعين وفسر الدين بالثمن وجعل احد انواع البيع وهو المسمى بالمقايضة بلا ثمن فيه اصلا نعم الثمن معنى آخر وهو ما يكون عوضا عن المبيع نص عليه في المغرب وغيره وذلك المعنى يعم الدين والعين وبه الذي لا يتحقق البيع بدونه ويبطل كون المقايضة بيعا بلا ثمن بذلك المعنى ولكنه ليس مراد المصنف بالثمن في قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان فلا يرد النظر المذكور عليه بدا واما الجواب فلانه من ضيق العطن اذ فيه اعتراف ببطلان المثال الذي ذكره المصنف وحاشاه ثم اقول بقي ههنا شيء وهو ان لقائل ان يقول لا نسلم ان مراد المصنف بالثمن في قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا هو ما يجب في الذمة وان تمثيله بما لا يصلح ثمنا بقوله كالاعيان صحيح على هذا المعنى المراد الا انه لم يحمل الثمن الواقع في لفظ القدوري في قوله وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة على المعنى الذي يعم الدين والعين فهو العوض المقابل للمبيع كما حمل الزيلعي الثمن الواقع في قول صاحب الكنز وما صح ثمنا صح اجرة على ذلك المعنى الاعم مع ان ما ذكره المصنف في تعليل مسئلة القدوري بقوله لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع يتحمل التعميم لصورتي الدين والعين كما ترى ويمكن ان يجاب عنه بانه لما كان المتبادر من لفظ الثمن في عرف الفقهاء هو معنى ما يجب في الذمة وكان لفظ القدوري غير مصروف عن المقام على تقدير حمل الثمن على المعنى الآخر العام للعين ايضا فان ما لا يجوز ان يكون ثمنا في البيع على المعنى العام للعين جاز ان يكون اجرة ايضا كالمنفعة فانها لا تصلح ثمنا في البيع اصلا وتصلح اجرة فيما اذا اختلف جنس المنافع كما مر حواله حمل المصنف لفظ الثمن الواقع في مسئلة القدوري على ما هو المتبادر منه وقال تتميما لما يتبادر المسئلة وما لا يصلح اجرة ايضا كالاعيان كما قال الشيخ ابو نصر البغدادي في شرح مختصر القدوري وهذا الذي ذكره ليس على وجه الحد وانه لا يجوز غيره تبيين ذلك ان الاعيان لا تكون اثمانا وتكون اجرة وانما ذكر ذلك لانه هو الغالب انتهى هنا القطر ولكن الانصاف ان المنفعة كانت حقيقة بان يذكر في تمثيل ما لا يصلح ثمنا ويصلح اجرة فان كون المنفعة مما يصلح اجرة اخفى من كون الاعيان منه وليس ذلك مما يمكن ان يستفاد من مسئلة القدوري بخلاف كون الاعيان منه فانه يمكن ان يستفاد منها بحمل الثمن على المعنى العام للعين ايضا كما عرفت انفا **قوله** لانه عوض مالي اي لان الاجرة على تاويل الاجر عوض مالي فيعتمد وجود المال والاعيان مال فصح ان يكون اجرة كذا في النهاية وغيرها قال صاحب العناية بعد ما شرح المحل على هذا المنوال ولقائل ان يقول الثمن عوض مالي الى آخره ويمكن ان يجاب عنه بان الثمن مشروط بكونه

قال وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استأجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطته او استأجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستئجار القصار والخياط ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة كما في اجير الوحد ولا بد من بيان الوقت **قال** وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن استأجر رجلا لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الاجرة الى هنا كلامه اقول وللقائل ان يقول اذا كان الثمن مشروطا بكونه مما يجب في الذمة كان الاجرة ايضا مشروطا به لكونها ثمن المنفعة كما صرح به المصنف في تعليل مسئلة القدوري فان قيل ان الشرط بذلك ثمن البيع لا ثمن المنفعة قلنا فللقائل ان يقول اذا كان ثمن المنفعة مخالفا لثمن المبيع في ان يكون احدهما مشروطا بالشئ دون الآخر فهل يتم القياس المستفاد من قول المصنف لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع فليتأمل ثم اورد بعض الفضلاء على الجواب الذي ذكره صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال فيلزم خلو البيع عن الثمن فيما اذا بيع الدار بالدار اذ لا يجب العقار في الذمة كما لا يخفى انتهى اقول ان كان مراده بهذا الكلام مجرد الزام صاحب الغاية بناء على ما قاله في تفسيره السابق من انه لو لم تصلح العين ثمنا كانت المقايضة بيعا بلا ثمن وهو باطل فله وجه وان كان مراده به ايراد اشكال على ذلك الجواب في الحقيقة فليس بصحيح اذ اللازم من الجواب المذكور خلو البيع عن الثمن بمعنى ما يجب في الذمة فيما اذا بيع الدار بالدار لا خلوه عن الثمن بمعنى العوض المقابل للمبيع في تلك الصورة والمحذور خلوه عن الثمن بالمعنى الثاني دون المعنى الاول كما بيناه من قبل

قوله وتارة تصير معلومة بنفسه اي بنفس عقد الاجارة كذا ذكره الشراح قاطبة ولم ينقل عامتهم نسخة اخرى واما صاحب غاية البيان فقال بعد ذكر ذلك وفي بعض نسخ المختصر وتارة تصير معلومة بالتسمية اقول لعل الصواب هذه النسخة لان المنافع لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة بتسمية امور كبيان الثوب والوان الصبغ وقدره في استئجار رجل على صبغ ثوبه وبيان الثوب وجنس الخياطة في استئجار رجل على خياطة ثوب وبيان القدر المحمول وجنسه والمسافة في استئجار دابة للحمل او الركوب على ما اشار المصنف الى ذلك كله حيث قال لانه اذا بين الثوب والوان الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وكما ان المنافع لا تصير معلومة في النوع السابق والنوع اللاحق بنفس العقد فقط انما تصير معلومة في النوع السابق ببيان المدة وفي النوع اللاحق بالتعيين والاشارة كذلك لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة بتسمية ما لا بد منه في الامور اللازمة البيان كما اشير الى بعضها في الامثلة المذكورة فلم يكن لنسبة صيرورة المنافع معلومة في هذا النوع الى نفس العقد وجه ظاهر ومن هذا الاثر ان عبارة بنفسه مذكورة في شئ من الكتب المعتبرة سوى نسخة هذا الكتاب على ما ذكره الشراح وانما المذكور في سائر الكتب موضع بنفسه بالتسمية كما وقع في الكنز والمختار ونذكره الحل كما وقع في الوقاية وبعض المتون **قوله** وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل الى قوله ولا بد من بيان الوقت اقول في هذا التقسيم نوع اشكال اذ قد مر في صدر الكتاب ان الاجارة عقد على المنافع بعوض فكيف يصح تقسيمها الى العقد على العمل والى العقد على المنفعة وهل يلزم منه تقسيم الشئ الى نفسه والى غيره اللهم الا ان يحمل عبارة التقسيم على المسامحة فيكون المراد ان الاجارة قد تكون عقدا على منفعة العمل او قد تكون عقدا على منفعة الاعيان لكنه غير منفهم من نفس اللفظ كما لا يخفى ثم اقول كان حقا على المصنف ان يؤخر بيان هذا التقسيم الذي ذكره بعض الشراح كصاحب الاسرار وغيره عن ذكر القسم الثالث من التقسيم المذكور في نفس الكتاب قد وسطه في البين كما ترى وكان صاحب الكافي تنبه لسماجة هذا التحرير حيث اخر بيان هذا التقسيم المثنى عن تمام ذكر اقسام ذلك التقسيم الثلث واعترض صاحب الغاية على قول المصنف كما في اجير الوحد حيث قال وفيه نظر لان اجارة اجير الوحد ايضا عقد على العمل ولكن يشترط فيها بيان المدة ولهذا جعله صاحب التحفة احد نوعي الاستئجار على الاعمال كما ذكرناه انفا فلو قال صاحب الهداية وقد تكون عقدا على المنفعة كاستئجار الدور والحوانيت ونحوها كان اولى انتهى كلامه اقول ليس هذا بشئ لان اجارة اجير الوحد ليست بعقد على العمل ولهذا يستحق اجير الوحد الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كما مر جوابه قاطبة وسيأتي في ذلك ولو كانت عقدا على العمل لما استحقها

باب الاجر متى يستحق

قال الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحدى معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه

دون العمل بل انما يعقد على منافع نفسه مطلقا ولهذا لا يمكن من ايجاب منافعه لغيره وتعيين العمل في بعض العقود كرعي الغنم ونحوه لصرف المنفعة المستحقة الى تلك الجهة وسيظهر هذا كله في باب ضمان الاجير وجعل صاحب التحفة ذلك احد نوعي الاستيجار على الاعمال لا يكون حجة على المصنف ولو مثل المصنف ما يكون عقدا على المنفعة باستيجار الدور ونحوها دون اجير الواحد لدلالة التبنية على ان اجارة اجير الواحد من هذا القسم وهو مقصود لمختار ذلك على البعض فتنبه

باب الاجر متى يستحق قال صاحب النهاية لما ذكر ان صحة الاجارة موقوفة على ان تكون الاجرة معلومة احتاج الى بيان وقت وجوبها فذكره وما يتعلق به من المسائل في هذا الباب انتهى كلامه واقتفى اثره في هذا التوجيه جماعة من الشراح اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ركاكة هذا التوجيه وسخافته اذ لا يستدعي ذكر مجرد ان صحة الاجارة موقوفة على كون الاجرة معلومة بيان وقت وجوبها فضلا عن الاحتياج الى بيان وقت وجوبها في باب على حدة الا يرى ان معلومية البدلين شرط في كثير من العقود ولم يحتج في شيء منها الى بيان وقت الوجوب في باب على حدة وقال صاحب العناية لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب افرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل انتهى كلامه اقول وفيه شيء وهو ان تخلف الملك عن العقد يوجد في غيرها ايضا كالهبة فان الملك لا يثبت هناك ايضا بنفس العقد بل يتوقف على القبض وكالوصية فان الملك هناك ايضا متاخر الى وقت الموت فلا يتم القول بان الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط ثم اقول الاظهر ان يقال لما كان وقت استحقاق الاجرة فيها وقع فيه الاختلاف بين ائمة الشرع وكان يتعلق به كثير من المسائل حسن افراد باب لبيان وقت استحقاق الاجرة وما يتعلق به من المسائل قوله الاجرة لا تجب بالعقد قال تاج الشريعة اراد وجوب الاداء اما نفس الوجوب فيثبت بنفس العقد قال صاحب الكفاية المراد نفس الوجوب لا وجوب الاداء وبيان ذلك اجمالا وتفصيلا اما اجمالا فلان الاجرة لو كانت عبدا فاعتقه الموجر قبل وجود احد معان ثلثة لا ينفذ فلو كان نفس الوجوب ثابتا لصح اعتاقه كما في البيع واما تفصيلا فلانه معاوضة فتعتبر المساواة ولم يوجد في جانب المعقود عليه لا نفس الوجوب ولا وجوب الاداء فكذا في جانب العوض انتهى وقال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد اي لا يجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد كذا وجدت بخط شيخي وذكر في الذخيرة ما يؤيد هذا فقال يجب ان يعلم ان الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط التعجيل في الاجرة سواء كانت الاجرة عينا او دينا هكذا ذكر محمد رحمه الله في الجامع وفي كتاب التحري وذكر في الاجارات ان الاجرة اذا كانت عينا لا تملك بنفس العقد وان كانت دينا تملك بنفس العقد وتكون بمنزلة الدين المؤجل فعامة المشايخ على ان الصحيح ما ذكر في الجامع وكتاب التحري وقال بعضهم ما ذكر في الاجارات قول محمد اولا وما ذكر في الجامع والتحري قوله آخرا الى هنا لفظ النهاية اقول تاييده ما ذكر في الذخيرة كون معنى عبارة الكتاب ما قاله صاحب النهاية ممنوع فانه قال في الذخيرة ان الاجرة لا تملك بنفس العقد قبل ان قال ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط التعجيل في الاجرة فعلم منه ان الاجرة لا تملك بنفس العقد عندنا كما لا يجب اداؤها بنفس العقد فتم تاييده فيما في الكتاب فانه لم يذكر فيه شيء قبل ان قال الاجرة لا تجب بالعقد فلو كان معناه ان الاجرة لا تجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد لم يفهم منه ان الاجرة لا تملك بمجرد العقد اذ لا يلزم من عدم وجوب الاداء بمجرد العقد عدم تملكها بمجرده الا يرى ان الثمن مما يملكه البائع بمجرد عقد البيع بلا خيار ولا يجب تسليمه واداؤه في الحال بمجرده وذلك في البياعات المؤجلة بل يتاخر الى حلول الاجل فلم يفهم منه ذلك لم يفد ما هو المذهب عندنا فلزم ان لا يتم وقال صاحب العناية قال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن فالصواب

وقال الشافعي رحمه الله تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر واذا استوفى المنفعة ثبت الملك في الاجر لتحقق التسوية

ان يقال معناه لا تملك لان محمدا ذكر في الجامع ان الاجرة لا تملك وما لا يملك لم يجب ايفاؤه اقال فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان اعم منه وذكر الاعم وارادة الاخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الاعم على الاخص اصلا قلت اخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان يكون الاجرة مما يثبت في الذمة ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة انتهى اقول لا السؤال شيء ولا الجواب اما الاول فلان ذكر الاعم وارادة الاخص انما ليس بمجاز شائع ١٠

اذا لم تتحقق قرينة مخصصة واما اذا تحققت القرينة فذلك مجاز شائع ووقوعه في كلمات القوم حتى تعريفاتهم التي يجب فيها التحرز عما يورث خفاء المراد فيما نحن فيه قد تحققت القرينة على ارادة الاخص وهي قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد كما اعترف به الشارح المذكور حيث قال فيما بعد يدل على هذا كلمة قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد والا لم يكن محل الخلاف متحدا واما الثاني فلانه ان اراد بقوله لنفي الوجوب فيها اي قصد نفي الوجوب في الذمة بدون ان يجعله مجازا عن نفي التملك لم يكن مطابقا لقوله الصواب ان يقال معناه لا تملك انما مورد السؤال فيه وان اراد به جعل نفي الوجوب مجازا عن نفي التملك بعلاقة الاستلزام لم يحتج الى قوله اخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان يكون الاجرة مما يثبت في الذمة لان الاجرة كلها سواء كانت دينا او عينا مما يملك وان كان ما يثبت في الذمة منها هو الدين دون العين فنفي التملك بالعقد ينتظم في جميع انواع الاجرة ولا يختص بما هو غالب منها وهو الدين الثابت في الذمة حتى يحتاج الى ان يقال اخرج الكلام مخرج الغالب على ان قوله وهو يستلزم نفي التملك لا محالة ممنوع فان العين مما لا يجب في الذمة مع انه مما يملك قطعا وقال بعضهم فان في صورة التعجيل يوجد الملك بلا وجوب

فتامل قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل قال صاحب العناية في حل هذا المحل واستدل الشافعي بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الاجارة باجرة مؤجلة ولو لم تجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام لا محالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل انتهى واورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله لوجود المقتضي وانتفاء المانع ممنوع فان انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه انتهى اقول هذا الايراد ساقط لان المنافع المعدومة اذا جعلت موجودة في حكم الشرع يجب ان يترتب عليه ثبوت الملك بالعقد ولا يبقى لانتفاء الوجود حقيقة صلاحية للمنع عنه لان الشرع انما يجعلها موجودة لاجل ان يترتب عليه ذلك الحكم فلو كان انتفاء وجودها حقيقة مانعا عنه لزم ان يلغو جعل الشرع اياها موجودة وهذا خلف وعن هذا قالوا وللشارع ولاية جعل المعدوم حقيقة موجودة كما جعل النطفة في الرحم ولا حيوة فيها كالحي حكما في حق الارث والعتق والوصية على ما ذكر في الكافي وعامة الشروح نعم يرد على استدلال الشافعي كلام آخر من قبل ائمتنا كما اشير اليه في عامة المعتبرات وهو ان جعل المعدوم موجودا في الشرع انما يكون فيما اذا دعت الضرورة اليه وفيما نحن فيه لا تدعو الضرورة اليه لامكان تصحيح العقد بطريق آخر افصح واوسع منه وهو اقامة العين المستأجرة التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة الايجاب والقبول ثم انعقاد العقد في حق المعقود عليه على حسب حدوثه فان اقامة السبب مقام المسبب اصل شائع في الشرع كاقامة السفر مقام المشقة واقامة البلوغ مقام كمال العقل وهلم جرا من النظائر ثم قال صاحب العناية فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك فالجواب ان الضرورة اذا تحققت تستتبع لوازمه افادة الملك من لوازم الوجوب عند العقد انتهى اقول في الجواب بحث لانه ان اراد ان افادة الملك في الحال من لوازم الوجوب عند العقد فهو ممنوع كيف وقد تقرر فيما تقرر ان حكم العقد يجوز ان ينفصل عنه كالبيع بشرط الخيار فان الملك فيه يتراخى الى وقت سقوط الخيار مع وجود البيع عند العقد وان اراد افادة الملك ولو بعد زمان من لوازمه فهو مسلم لكن لا يفيد مدعى الشافعي فان مدعاه ان الاجرة تملك في الحال والجواب المزبور انما هو لتصحيح مدعاه فلا يتم التقريب اعترض بعض الفضلاء على الجواب المسفور بوجه آخر حيث قال

وكذا اذا شرط التعجيل او عجل من غير شرط لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله

ان اراد ان افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة فمسلم ولا يفيده وان اراد انها من لوازم الوجود ولو حكما فغير مسلم انتهى اقول ما ذكره في كل من شقي ترديده ليس بسديد اما الاول فلانه مسلم كون افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة مع ان افادة الملك في الحال كما هو مدعى الشافعي ليس من لوازم الوجود حقيقة الا يرى ان البيع يجب ان يكون موجودا حقيقة عند العقد مع ان البيع بشرط الخيار لا يفيد الملك في الحال كما مر واما الثاني فلان الوجود الحكمي لا يكاد ان يخالف الوجود الحقيقي في اللوازم الشرعية والا لم يحصل فائدة في جعل الشرع الوجود الاعتباري في حكم الوجود الحقيقي فلما سلم اولا كون افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة يلزم تسليم كونها من لوازم الوجود حكما ايضا فالوجه الوجيه في الترديد وفي المنع والتسليم ما ذكرناه من قبل قوله وكذا اذا شرط التعجيل او عجل لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله قال في العناية واعترض بان شرط التعجيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد والجواب انه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة او من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس اشتراط التعجيل باعتباره والثاني ممنوع فان تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة انتهى اقول في الجواب نظر اما اولا فلان حيثية كونه اجارة حيثية كونه معاوضة مخصوصة فما يخالف مقتضى العقد من احدى هاتين الحيثيتين يخالف مقتضاه من الحيثية الاخرى فما معنى قوله والاول مسلم والثاني ممنوع وهل يستلزم الاول تسليم الثاني ومنع الثاني منع الاول فان قيل مراده بحيثية كونه معاوضة حيثية كونه معاوضة ما مع قطع النظر عن خصوصية فلا يلزم اتحاد الحيثيتين قلنا فيلزم ان يكون صحة اشتراط التعجيل في عقد الاجارة باعتبار كونه معاوضة ما مع قطع النظر عن خصوصية كونه اجارة ولا يخفى ان ذلك الاعتبار لا يخطر ببال احد من المتعاقدين عند اشتراط التعجيل على انهما لو صرحا بانهما شرطا التعجيل في عقد الاجارة من حيث انه اجارة لم يفسد العقد قطعا واما ثانيا فلان قوله فان تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة غير تام فان من قضية المعاوضة المساواة واشتراط تعجيل الاجرة قبل ثبوت الملك في المعقود عليه تفوت المساواة كما لا يخفى والاولى في الجواب ما ذكر في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو ان شرط التعجيل في الاجارة لا يخالف مقتضى العقد فان عقد الاجارة يقتضي التعجيل كالبيع الا انه سقط لمانع وهو وجوب المساواة وهو حق المستاجر فاذا اسقط حقه بالتعجيل زال المانع فصح ثم قال صاحب العناية وعورض دليلنا بان الابراء عن الاجرة والارتهان عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صحت واجيب بان صحة الابراء على قول ابي حنيفة رح وابي يوسف ممنوعة وجوزه محمد لان العقد سبب في جانب الاجرة اذ اللفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه ويصح الابراء لوجوده بعد السبب كذلك الكفالة لان الكفالة بما يذوب له على فلان وصحة الرهن لا مع جهة ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل واشتراطه فكذا الرهن به انتهى كلامه اقول هذا كله ماخوذ من النهاية الا ان التعليل المذكور لتجويز محمد رحمه الله الابراء عن الاجرة ليس بسديد لانه كما تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب المنفعة بسبب كون المنافع معدومة كذلك تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب الاجرة ايضا وهي اقتضاء عقد المعاوضة المساواة وعن هذا قال المصنف والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر فلا وجه لقوله ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه على ان ذلك التعليل لا يتمشى اصلا فيما اذا كانت الاجرة منفعة ايضا من خلاف جنس المعقود عليه فانه صحيح بالاجماع على ما صرح به في عامة المعتبرات مع ان كلا من البدلين معدوم هناك قطعا فلا فرق في الجانبين اصلا كما لا يخفى واورد بعض الفضلاء على قوله فظهر الانعقاد بوجه آخر حيث قال ان اراد الانعقاد في حق الحكم فليس بمنعقد في حق الحكم باجماع علمائنا وان اراد غيره فليس بين على انه مخالف لما سبق في كتاب الاقرار من ان قوله ابرأتني اقرار بالمال المدعى عليه انتهى كلامه اقول قد اخذ اصل ايراده من البدائع وانه ساقط اما بيان اخذه من البدائع فلان صاحب البدائع ذكر لقول محمد رحمه الله في جواز الابراء عن الاجرة وجهين واجاب عن الثاني بما ذكره ذلك القائل ههنا حيث قال وجه قول محمد رح ان الابراء لا يصح الا بالقبول فاذا قبل المستاجر فقد قصد صحة تصرفهما

وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الأجر وإن لم يسكنها لأن تسليم عين المنفعة لا يتصور فأقمنا تسليم المحل مقامه إذ التمكن من الانتفاع يثبت به فإن غصبها غاصب من يده سقطت الأجرة لأن تسليم المحل إنما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فإذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فيسقط الأجر وإن وجد الغصب في بعض المدة سقط بقدره إذ الانفساخ في بعضها ومن استأجر دارا فللمؤجر أن يطالبه بأجر كل يوم لأنه استوفى منفعة مقصودة إلا أن يبين وقت الاستحقاق في العقد لأنه بمنزلة التأجيل وكذلك إجارة الأراضي لما بينا ومن استأجر بعيرا إلى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة لأن سير كل مرحلة مقصود وكان أبو حنيفة رح يقول أولا لا يجب الأجرة إلا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر رح

ولا صحة إلا بالملك فيثبت الملك بمقتضى التصرف تصحيحا له كما في قول الرجل لغيره أعتق عبدك عني على ألف درهم ففعل أعتقت ولأن الإبراء إسقاط وإسقاط الحق بعد سبب الوجوب جائز كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد والجواب أنه إن كان يعني بالانعقاد الانعقاد في حق الحكم فهو غير منعقد في حق الحكم بلا خلاف بين أصحابنا وإن كان يعني به شيئا آخر فهو غير معقول إلى هنا لفظ البدائع وأما بيان أنه ساقط فلأنه يجوز أن يراد بالانعقاد الانعقاد في حق المتعاقدين لا في حق الحكم كما أفصح عنه صاحب المحيط حيث قال ومعنى جواز الإجارة على مذهبنا انعقاد العقد فيما بين المتعاقدين وهو الدرجة الأولى وانعقاده في حق الحكم وهو الدرجة الثانية وقال الا ترى أن البيع بشرط الخيار ينعقد فيما بين المتعاقدين ولا يفيد الحكم في الحال ثم فسر انعقاد العقد في حق المتعاقدين بالانعقاد وفي حق الحكم بما لا مزيد عليه ومن يطلب ذلك فليراجع محله وهو أواخر الفصل الأول من إجارات المحيط البرهاني وأما ما ذكره ذلك المورد في علاوته من حديث المخالفة لما سبق في كتاب الإقرار فليس بتام أيضا فلا مخالفة بين المقامين أصلا كما يظهر بالتأمل الصادق ثم أقول لو ترك صاحب البدائع حيث
قيد المنعقد عند تقرير الوجه الثاني من وجهي قول محمد رحمه الله بقوله وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد بل اكتفى بقوله وهو العقد لما تمشى الجواب الذي ذكره بترديد المراد بالانعقاد أصلا وكفى في إثبات قول محمد رحمه الله وكذا لو لم يتعرض صاحبا النهاية والعناية لحديث الانعقاد في جانب الأجرة جانب
دون المنفعة بل اكتفيا بأن يقال إن الإبراء وقع بعد وجود سبب الوجوب وهو العقد فصح كالعفو عن القصاص بعد الجرح كما اكتفى به في بعض الشروح لما ورد عليه ما ذكرنا من تحقق الضرورة في جانب الأجرة أيضا وكفى في إثبات قول محمد وذلك لأن العقد نفسه وهو الإيجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مضافين إلى محل المنفعة وهو الدار مثلا مربوطا أحدهما بالآخر كاف في السببية ولا حاجة إلى اعتبار انعقاده في مرتبة السببية فإن انعقاد حكم الشرع يثبت وصفا له شرعا والعلل الشرعية مغايرة للعلل العقلية في جواز الفكاك كما في معلولاتها فجاز أن يقال العقد وجد والانعقاد تراخى إلى وجود المنافع ساعة فساعة وهذا هو رأي بعض مشايخنا في تفسير قول أئمتنا أن عقد الإجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما ذكره صاحب الغاية في صدر هذا الكتاب ونقلنا عنه هناك نعم يجوز أن يعتبر للعقد انعقاد قبل حدوث المنافع كما ذكره صاحب الغاية في معنى الانعقاد في حق المتعاقدين دون الانعقاد في حق الحكم كما ذكره صاحب المحيط ونقلنا عنه فيما مر آنفا لكن لا يسلم في توجيه قول محمد ههنا هو الطريقة الأخرى تأمل ترشد **قوله** وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الأجر وإن لم يسكنها قال في النهاية هذه المسئلة مقيدة بقيود أحدها التمكن من الاستيفاء حتى أنه إذا لم يتمكن من الاستيفاء بأن منعه المالك أو الأجنبي أو سلم الدار مشغولة بمتاعه لا يجب الأجر والثاني أن يكون الإجارة صحيحة فإن في الإجارة الفاسدة يشترط لوجوب الأجرة حقيقة الاستيفاء ولا يجب بمجرد تمكن الاستيفاء في المدة والثالث أن التمكن من المستأجر يجب أن يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه حتى إذا استأجر دابة إلى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها إلى الكوفة فلا أجر عليه وإن ساقها معه إلى الكوفة ولم يركبها وجب الأجر والرابع أن يكون متمكنا من الاستيفاء في المدة فإنه لو استأجر دابة إلى الكوفة في هذا اليوم وذهب إليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الأجر وإن تمكن من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد لأنه إنما تمكن بعد مضي المدة انتهى وقال صاحب العناية بعد أن بين اعتبار القيود المذكورة بتحرير آخر فإن قيل كلام المصنف ساكت عن أكثر هذه القيود فما وجهه قلت وجه الاقتصار للاختصار اعتمادا على دلالة الحال والعرف فإن حال المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح والفاسد منه يمنعه عن الإقدام من الانتفاع به وعلى أن العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه وكان معلوما عادة على أن الإكراه والغصب لا يمنعان عن الانتفاع فاقتصر على ذكر ذلك اعتمادا عليها مما
انتهى كلامه أقول في آخر جوابه خلل إما أولا فلأن قوله وعلى أن الإكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع إن كان معطوفا على قوله على أن يباشر العقد الصحيح

لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل او وجه القول المرجوع اليه ان القياس استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة يفضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرناه بما ذكرنا **قال** وليس للقصار والخياط ان يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا **قال** الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم

او على قوله وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا حتى صار المعنى فان حال المسلم دالة ايضا على ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فمع ركاكة هذا المعنى كما لا يخفى يلزم الفصل بين المعطوف والمعطوف عليه باجنبي وهو قوله والعرف فاش الى آخره وان كان معطوفا على قوله على دلالة الحال والعرف حتى صار المعنى اعتمادا على دلالة الحال والعرف وعلى دلالة ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع يلزم ان لا يتم قوله فاقتصر من ذكر ذلك اعتمادا عليهما اذ الظاهر ان ضمير عليهما راجع الى الحال والعرف وعلى المعنى المزبور لا تصير علة الاقتصار للاختصار هي الاعتماد على الحال والعرف فقط بل تصير علة ذلك هي الاعتماد على الحال والعرف وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع واما ثانيا فلان قوله وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع يدل على ان الغصب مما يلزم من التقييد والمقتصر عن ذكره مع ان المصنف ذكر صورة الغصب صراحة كما ترى **قوله** لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل قال صاحب العناية في شرح هذا المقام لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة وما هو جملة في المدة لا يكون مسلمة في بعضها لان اجزاء الاعراض منطبقة على اجزاء الزمان فلا يستحق الموجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيئا كما في المبيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة فان الخياط لا يستحق شيئا من الاجرة قبل الفراغ كما سياتي انتهى اقول في قوله كما في المبيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن سهو ظاهر اذ قد مر في البيوع انه اذا بيع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا واذا بيع سلعة بسلعة او ثمن بثمن قيل لهما سلما معا ففي صورة الاولى يستحق قبض الثمن قبل تسليم المبيع وفي الصورتين الاخريين يستحق قبض البدلين معا واما ان لا يستحق قبض الثمن الا بعد تسليم المبيع فمما لم يقل به احد والصواب ههنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال كما في المبيع فانه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق حبس جملة المبيع ما بقي شيء من الثمن انتهى **قوله** وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا قال صاحب النهاية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية فانه ذكر في المبسوط في باب من استاجر اجيرا العمل له في بيته وقال لو استاجر خياطا يخيط له في بيت المستاجر قميصا وخاط بعضه فسرق الثوب فله الاجر بقدر ما خاط فان كل جزء من العمل يصير مسلما الى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم في ذلك الجزء على حصول كمال المقصود وذكر في الفصل الثاني من الذخيرة وفي الاجارة التي تنعقد على العمل وتبقى له اثر في العين لا يجب عليه ايفاء الاجر الا بعد ايفاء العمل كله الا ان يكون العمل للخياط والصباغ في بيت صاحب المال حينئذ يكون الجواب فيه كالجواب في الحمال على قوله الاجر يجب على الموجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة الحمال اذا كانت له حصة معلومة من الاجر كما في الحمال وذكر الامام قاضيخان وكذا لو استاجر خياطا ليخيط له في منزله كلما عمل عملا يستحق الاجرة بقدره وهكذا ايضا في غيرها ولكن نقل من التجريد ان الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحتمل ان المصنف اتبع صاحب التجريد ابا الفضل الكرماني في هذا الحكم والله اعلم بما هو الحق عندي الى هنا لفظ صاحب النهاية وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية واقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة واري ان ذلك انما يكون اذا عينا لكل جزء حصة معلومة اذ ليس الكم مثلا او البدن او الدخاريص حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم يكن الحصة معلومة الا بتعيينهما وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة باجرة معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب اجره فكان في كل الثوب ولعل هذا معتمد المصنف انتهى كلامه اقول ليس ما قاله بشيء اما اولا فلانا لا نسلم ان ما يدل عليه كلام صاحب الذخيرة من ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة انما يكون اذا عينا لكل جزء حصة معلومة بل يكون ايضا اذا كان له حصة معلومة عند اهل الخبرة بتوزيع اجرة الكل على كل جزء منه بدون تعيين المتعاقدين لكل جزء منه حصة معلومة بل هو مراد صاحب الذخيرة حتما كما ستنبه بما سنذكره وقوله اذ ليس للكم او البدن او الدخاريص حصة معلومة من كل الثوب عادة ممنوع ايضا نعم ليس لكل من ذلك حصة معلومة في العقد عادة وهذا لا ينافي ان يكون حصة كل منها معلومة بتوزيع اجرة الكل على الاجزاء كما لا يخفى واما ثانيا فلانه لو كان مراد صاحب الذخيرة كما ذكره

قال ومن استأجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور لأن تمام العمل بالإخراج فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج فلا أجر له للهلاك قبل التسليم فإن أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الأجر لأنه صار مسلما إليه بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لأنه لم توجد منه الجناية قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه أمانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له لأنه مضمون عليه فلا يبرأ إلا بحقيقة التسليم وإن شاء ضمن الخبز وأعطاه الأجر قال ومن استأجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فالغرف عليه اعتبارا للعرف قال ومن استأجر إنسانا ليضرب له لبنا استحق الأجر إذا أقامها عند أبي حنيفة وقالا لا يستحقها حتى يشرجها لأن التشريج من تمام عمله إذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كإخراج الخبز من التنور ولأن الأجير هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولأبي حنيفة أن العمل قد تم بالإقامة والتشريج عمل زائد كالنقل ألا ترى أنه ينتفع به قبل التشريج بالنقل إلى موضع العمل بخلاف ما قبل الإقامة لأنه طين منتشر وبخلاف الخبز لأنه غير منتفع به قبل الإخراج قال وكل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين بعد الفراغ من عمله حتى يستوفي الأجر لأن المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع ولو حبسه فضاع في يده فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة لأنه غير متعد في الحبس فبقي أمانة كما كان عنده ولا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند أبي يوسف ومحمد العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له وإن شاء ضمنه معمولا وله الأجر وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى قال وكل صانع ليس لعمله أثر في العين فليس له أن يحبس العين للأجر كالحمال والملاح لأن المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا أثر لعمله لأنه كان على شرف الهلاك وقد أحياه فكأنه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرنا مذهب علمائنا الثلاثة وقال زفر ليس له حق الحبس في الوجهين لأنه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس ولنا أن الاتصال بالمحل ضرورة إقامة العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث إنه تسليم فلا يسقط الحبس كما إذا قبض المشتري بغير رضا البائع قال وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره لأن المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه وإن أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمله لأن المستحق عمل في ذمته ويمكن إيفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة إيفاء الدين. فصل ومن استأجر رجلا ليذهب إلى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الأجر بحسابه لأنه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده إذا كانوا معلومين وإن استأجره ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا أجر له وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد له الأجر في الذهاب لأنه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لأن الأجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما أن المعقود عليه نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إليه وهو العلم بما في الكتاب ولكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الأجر كما في الطعام وهي المسألة التي تليه وإن ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الأجر بالذهاب بالإجماع لأن الحمل لم ينتقض قال وإن استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا أجر له في قولهم جميعا لأنه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف ما تقدم على قول محمد لأن المعقود عليه ثمة قطع المسافة على ما مر

حصة معلومة ما إذا عين له حصة معلومة وصار حينئذ كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة قد فرغ من عمله فاستوجب أجره كما في كل ثوب لزم أن لا يكون فرق بين ما إذا كان عمل الخياط أو الصباغ في بيته نفسه وبين ما إذا كان عمله في بيت صاحب المال في وجوب إيفاء الأجرة إذ لا كلام لأحد في وجوب إيفاء الأجر بعد الفراغ وقد فرق صاحب الذخيرة بينهما حيث قال وفي الإجارة التي تنعقد على العمل ويبقى له أثر في العين فإنه لا يجب عليه إيفاء الأجر إلا بعد إيفاء العمل كله إن كانت حصة ما استوفى معلومة إلا أن يكون العمل للخياط والصباغ في بيت صاحب المال فحينئذ يجب على المستأجر إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كانت له حصة معلومة من الأجر كما في الحمال انتهى على أن ما قاله لا معنى لقوله ولعل هذا معتمد المصنف لأن ما ذكره المصنف يخالف قطعا المنطوق ما في الذخيرة وهو وجوب إيفاء الأجر على المستأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كان العمل في بيته وليس بمطابق أيضا المفهوم قوله إذا كانت له حصة معلومة من الأجر وهو أن لا يجب عليه أجر أصلا إذا لم يكن لما استوفى من المنفعة حصة معلومة من الأجر لأن مدلول كلام المصنف أن لا يجب عليه الأجر مطلقا أي سواء كانت له حصة معلومة من الأجر أو لا فإنه قال وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ وكان فيما إذا عمل في غير بيت المستأجر لا يجب الأجر مطلقا قبل الفراغ بلا خلاف فدل قوله وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ بلا خلاف على أن لا يجب عليه الأجر مطلقا قبل الفراغ فيما إذا عمل في بيته أيضا ولأنه قال لما بينا ومراده به على ما صرح به الشراح قاطبة هو قوله لأن العمل في البعض غير منتفع به ولا شك أن ذلك يقتضي أن لا يستوجب الأجر قبل الفراغ مطلقا فأنى يصلح ما في الذخيرة لأن يكون معتمد المصنف في كلامه المذكور ولعمري إن جملة ما ذكره صاحب العناية ههنا وهم محض فكيف ينبغي أن يصار إلى مثله في توجيه كلام المصنف وهو علم التحقيق وعالم التدقيق ثم إن بعض الفضلاء كأنه قصد دفع الوجه الثاني من الوجوه الثلاثة التي ذكرناها آنفا لاختلال رأي الشارح المزبور ههنا حيث قال في حاشيته على قول ذلك الشارح وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة إلى آخره وجه الفرق على هذا بين ذلك وبين ما إذا خاط في غير بيت المستأجر أنه إذا خاط في بيته يوجد التسليم إذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الأجر بخلاف ما إذا خاط في غيره وقال فيه بحث فإن استيجاب الأجر بالفراغ لا بالتسليم ثم قال وجوابه ظاهر فإنه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب أجرا انتهى كلامه أقول جوابه عن بحثه ليس بتام إذ لا شك أن استيجاب الأجر يتحقق بالفراغ ولهذا لو حبس الخياط أو الصباغ الثوب بعد الفراغ من العمل وقال لا أعطيك حتى تعطيني الأجر فله ذلك عند أئمتنا الثلاثة كما أن للبائع أن يحبس المبيع لقبض الثمن صرح بذلك في الذخيرة وعامة المعتبرات وسيأتي في الكتاب إلا أنه لو هلك المتاع قبل تسليم الخياط أو الصباغ إياه إلى صاحبه ولو بعد الفراغ من العمل سقط الأجر كما أنه لو هلك المبيع قبل تسليم البائع إياه إلى المشتري سقط الثمن فكان ابتداء تحقق استيجاب الأجر في استيجار نحو القصار والخياط بالفراغ من العمل وإن كان بقاؤه وتقرره بتسليم المتاع إلى صاحبه كما أن ابتداء تحقق استحقاق الثمن في المبيع بتمام العقد وإن كان بقاؤه وتقرره بتسليم المبيع إلى المشتري والكلام ههنا في ابتداء تحقق استيجاب الأجر ولهذا قال في الكتاب ليس للقصار والخياط أن يطالب بالأجرة حتى يفرغ من العمل ولم يقل حتى يسلم المتاع إلى صاحبه فلا بد في دفع الوجه الثاني من الوجوه التي أوردناها على رأي صاحب العناية من بيان الفرق بين ما إذا عمل في بيت المستأجر وبين ما إذا عمل في غير بيته من جهة تحقق الفراغ من العمل وعدم تحققه وليس فليس تأمل. قوله ومن استأجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور قال في العناية ذكر هذا لبيان حكمين أحدهما أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسألة الخياط آنفا والثاني أن فراغ العمل بماذا يكون انتهى أقول فيه شيء وهو أنه إذا علم من مسألة الخياط آنفا أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة حتى يفرغ من عمله يصير بيان ذلك ههنا تحصيل الحاصل فلا ينبغي أن يقصده العاقل فالوجه أن المقصود من ذكر هذه المسألة إنما هو بيان الحكم الثاني وهو أن الفراغ من العمل في الخباز بماذا يكون ويرشد إليه أنه قال لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور ولم يقل حتى يفرغ من العمل بإخراج الخبز من التنور

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قال ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصح العقد وله ان يعمل كل شيء للاطلاق الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا

ولو كان مراده بيان الحاكمين معا لقال كما تقدم

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها قال في النهاية ومعراج الدراية لما ذكر مقدمات الاجارة ذكر في هذا الباب ما هو المقصود منها وهو بيان ما يجوز من عقود الاجارة وما لا يجوز فيها انتهى اقول فيه نوع خلل لان المصنف لم يذكر في هذا الباب ما لا يجوز من الاجارة وانما ذكره في باب آخر آت عقيب هذا الباب وهو باب الاجارة الفاسدة بل انما ذكر في هذا الباب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها من المستاجر للموجر كما وقع في عنوان الباب وقال في غاية البيان والعناية لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها ووقت استحقاق الاجرة ذكر هنا ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ وتقييده وذكر ايضا من الافعال ما يعد خلافا من الاجير للموجر وما لا يعد خلافا انتهى اقول فيه ايضا شيء فتامل **قوله** ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها قال تاج الشريعة قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت لا صلة الاستيجار يعني ويجوز استيجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لا ان يقول عند العقد استاجرت هذه الدار للسكنى لانه لو نص بهذا وقت العقد لا يكون له ان يعمل فيها غير السكنى والتعليل يدل على ما ذكرت انتهى كلامه وعن هذا اكثر الشراح الى سمته في تقرير هذه المسئلة غير ان صاحب العناية بعد ان ذكره قال والمعنى صحيح قال ويجوز ان يتعلق قوله للسكنى بالاستيجار اي يجوز استيجار الدور والحوانيت لاجل السكنى وان لم يبين ما يعمل فيها وله ان يعمل كل شيء لا يوهن البناء ولا يفسده وهو الظاهر من كلام القدوري انتهى كلامه اقول فيما قاله تاج الشريعة كلام اما اولا فلانه لو كان قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت وكان المعنى ويجوز استيجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لم يظهر للتقييد بقوله للسكنى فائدة اصلا لانه اما ان يقصد به الاحتراز عن الدور والحوانيت الغير المعدة للسكنى او يقصد به مجرد بيان حال الدور والحوانيت بانها معدة للسكنى فان كان الاول فمع عدم تحقق دار او حانوت لم يعد للسكنى في الخارج لم يصح الاحتراز اذ الظاهر ان الحكم في استيجار كل دار وحانوت ما ذكر في الكتاب وهو الجواز وان كان الثاني فهو من قبيل اللغو فان كون الدور والحوانيت مما يعد للسكنى غني من البيان غير خفي واما ثانيا فلان قوله لو نص بهذا وقت العقد لا يكون له ان يعمل فيها غير السكنى ممنوع لانه لو نص وقت العقد على استيجار الدار او الحانوت لاجل السكنى وعمل فيها غير السكنى مما هو انفع للبناء من السكنى ينبغي ان يجوز لان التقييد فيما لا يتفاوت غير معتبر على ما صرحوا به ولهذا ان شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره كما سياتي في الكتاب ففيما هو انفع مما شرط وقت العقد اولى ان لا يعتبر التقييد ثم الانصاف انه لو لم يقع في عبارة مختصر القدوري قيد للسكنى في موضع هذه المسئلة كما لم يقع في عبارة عامة معتبرات المتون لكان اولى واحسن كما لا يخفى **قوله** لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح كما رد على صدر الشريعة حيث قال لانه العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصح العقد لانه لا يلائمه قوله وله ان يعمل كل شيء سوى ما يوهن البناء بل الاصل ان كل عمل لا يضر البناء منفعة مستحقة بمطلق العقد انتهى كلامه اقول للشيخ شيء من شرح كلامه سيدا ما اما الاول فلان مراد المصنف وغيره ان العرف يصرف مطلق العمل الى السكنى وبعد ذلك ينبغي اعمال السكنى على حدتها فله ان يعمل كل شيء سوى ما يوهن البناء للاطلاق سوى ما يوهن البناء لتحقق الضرر الظاهر فيه ولا منافاة بين القول بصرف العرف مطلق العمل الى اعمال السكنى وبين القول بان له ان يعمل كل شيء من اعمال السكنى لاطلاق عمل السكنى بالنظر الى انواعه وعدم منافعه وعدم التفاوت فيه فلا اعتبار في تعليل الذي ذكره المصنف وغيره واما ثانيا فلانه لو كان الاصل ان كل عمل لا يضر البناء منفعة مستحقة مستاجر الدور والحوانيت بمطلق العقد بدون المصير بسببه المتعارف فيها هو السكنى لزم ان يستحق العمل الذي ليس من جنس السكنى ايضا ولم يقل به احد بل صرح في عامة المعتبرات بانه ينصرف بالعرف الى عمل السكنى وغيره وهو لا يتفاوت فيصح العقد من غير بيان قالوا وان الاستحسان وفي القياس لا يصح لان مطلق العمل من الانتفاع يتناول عمل السكنى وغيره فيتفاوت فلا يكون بد من البيان للجهالة المفضية الى النزاع كما في استيجار الاراضي للزراعة

قوله وانه لا يتفاوت فصح العقد قال صاحب العناية هذا جواب عما عسى ان يقال سلمنا ان السكنى متعارف لكن قد يتفاوت السكان فلا بد من بيانه وقال بعض الفضلاء لا مساس لهذا السوال بالمقام اذ الكلام في عدم وجوب بيان ما يعمل فيها لا في بيان من يسكن انتهى اقول السائل نفى ذلك السكان

لان الضرر ظاهر لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة **قال** ويجوز استئجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وللمستاجر الشرب والطريق وان لم يشترط لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة دون الاجارة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد تستاجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كي لا تقع المنازعة او يقول على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة ويجوز ان يستاجر الساحة ليبني فيها او ليغرس فيها نخلا او شجرا لانها منفعة تقصد بالاراضي ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه ان يقلع البناء والغرس ويسلمها فارغة لانه لا نهاية لهما وفي ابقائهما اضرار بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت المدة والزرع بقل حيث يترك باجر المثل الى زمان الادراك لان له نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين **قال** الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه فله ذلك وهذا برضاء صاحب الغرس والشجر الا ان تنقص الارض بقلعهما فحينئذ يتملكها بغير رضاه **قال** او يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا لان الحق له فله ان لا يستوفيه **قال** وفي الجامع الصغير اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض رطبة فانها تقلع لان الرطاب لا نهاية لها فاشبه الشجر **قال** ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل لانه منفعة معلومة معهودة فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه او اركب واحدا ليس له ان يركب غيره لانه تعين مرادا من الاصل والناس متفاوتون في الركوب فصار كانه نص على ركوبه وكذلك اذا استاجر ثوبا للبس واطلق فهو على ما ذكرنا لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس وان قال على ان يركبها فلان او يلبس الثوب فلان فاركبها غيره او البسه غيره فعطب كان ضامنا لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا فاما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرناه

في كلام صاحب العناية وقع سهوا من الكاتب بدلا من لفظ السكنى وحينئذ مساس السؤال بالمقام ظاهر اما على ما وقع في النسخ المشهورة فالمراد لكن قد يتفاوت السكنى بتفاوت السكان في العمل فلا بد من بيان ما يعمل فيها لما كان تفاوت السكان في العمل سبب التفاوت نفس العمل الذي هو السكنى اكتفى بذكر تفاوت السكان قصرا للمسافة ويرشد اليه قوله وجه الجواب يعني وجه الجواب ان السكنى لا يتفاوت وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح انتهى حيث قال ان السكنى لا يتفاوت ولم يقل ان السكان لا يتفاوتون تدبر ترشد وقال الشارح العيني وفي بعض النسخ ولانه لا يتفاوت وهكذا صححه صاحب العناية ولهذا قال هذا جواب عما عسى ان يقال سلمنا ان السكنى متعارف الى آخره اقول كلامه ليس بصحيح اما اولا فلان صاحب العناية لم يصحح تلك النسخة بل لم يتعرض لها قطعا واما ثانيا فلان جعل صاحب العناية قول المصنف هذا جوابا عن سؤال مقدر لا يدل على نسخة ولانه بل يأباه اذ مقتضى هذه النسخة ان يكون قول المصنف هذا دليلا آخر مستقلا والذي يكون جوابا عن سؤال مقدر انما يكون من متممات ما قبله فلم يصح قوله ولهذا قال هذا جواب عما عسى ان يقال الى آخره وان اراد ان المذكور في لفظ العناية بعد ذكر الشرح عبارة هذه النسخة الاخيرة فليس كذلك ايضا بل المذكور فيها ايضا من نسخ العناية عبارة وانه بدون اللام **قوله** لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة اقول لقائل ان يقول الظاهر من هذا الكلام ان اعمال السكنى تتفاوت فبعض منها لا يوهن البناء وبعض آخر منها يوهنه كالامثلة المذكورة فصار مخالفا لقوله فيما مر آنفا وانه يعني السكنى لا يتفاوت ويمكن ان يقال ان معنى قوله السابق انه لا يتفاوت غالبا فالذي يضر البناء ويوهنه خارج عن العقد بدلالة الحال وذلك القسم الغالب باق على حاله فله ان يعمل من ذلك ما شاء فتامل **قوله** ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد تستاجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة اقول لقائل ان يقول في التعليل شائبة الاستدراك اذ يكفي تمامه ان يقال لان ما يزرع فيها متفاوت وقوله انها قد تستاجر للزراعة ولغيرها لا يطابق المدعى ولا نفع له في اثباته فالجواب انه لا بد في صحة عقد استئجار الاراضي للزراعة من امرين احدهما بيان انه يستاجرها للزراعة لانها قد تستاجر لغيرها ايضا فلا بد من نفي الجهالة وثانيهما بيان ما يزرع فيها كما صرح به في الكتاب بقوله ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها والمصنف اشار الى الامر الاول ايضا التزاما في مدلول قوله حتى يسمي ما يزرع فيها بناء على ان تسمية ما يزرع فيها فرع التسمية بنفس الزراعة اشار الى تعليل كلا الامرين اما الى تعليل الاول فبقوله لانها قد تستاجر للزراعة ولغيرها واما الى التعليل الثاني فبقوله وما يزرع فيها متفاوت فلم يكن في التعليل المزبور استدراك بل كان فيه زيادة فائدة وكان صاحب العناية تفطن لهذه الدقيقة حيث قال في تقرير المقام ويجوز استئجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وينبغي ان يذكر انه يستاجرها للزراعة لانها تستاجر لغيرها ايضا فلا بد من البيان نفيا للجهالة ولا بد من بيان ما يزرع فيها لانه يتفاوت في الضرر بالارض وعدمه فلا بد من التعيين قطعا للمنازعة انتهى **قوله** فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق اعلم ان استئجار الدواب للركوب على ثلاثة اوجه لان المستاجر اما ان يقول عند العقد استاجرتها للركوب ولم يزد عليه شيئا او زاد فعلى هذا اما ان يقول على ان يركب من شاء او يقول على ان يركب فلان ففي الوجه الاول فسد العقد لان الركوب مما يختلف اختلافا فاحشا فيكون المعقود عليه مجهولا فان اركب شخصا ومضت المدة فالقياس ان يجب عليه اجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب الى الجواز وفي الاستحسان ان يجب المسمى وينقلب جائزا لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال وكانها ارتفعت من الابتداء لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة لكل جزء منه ابتداء واذا ارتفع الجهالة من الابتداء صح العقد فكذا ههنا وفي الوجه الثاني يصح العقد ويجب المسمى ويتعين اول من ركب سواء كان المستاجر او غيره لانه تعين مرادا من الاصل فصار كانه نص على ركوبه ابتداء وفي الوجه الثالث ليس له ان يتعداه لانه تعيين مفيد لا بد من اعتباره فان تعدى صار ضامنا وحكم الحمل كحكم الركوب في جميع هذه الاوجه كذا قالوا ثم اعلم ان الشراح افترقوا في تعيين ان المراد بقول القدوري فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء اي وجه من هاتيك الاوجه الثلاثة فجزم فرقة منهم كتاج الشريعة وصاحبي النهاية والعناية

فلان

قال وان سمى نوعا وقدرا معلوما يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت او لكونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو اضر من الحنطة كالملح والحديد لانعدام الرضاء به وان استأجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه ربما يكون اضر بالدابة فان الحديد يجتمع في موضع من ظهره والقطن ينبسط على ظهره قال وان استأجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات وان استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو ماذون فيه وما هو غير ماذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة وان كبح الدابة بلجامها او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة

بان المراد بذلك هو الوجه الثاني وهو ان يقول على ان يركب من شئت فان المراد بالاطلاق التعميم بدون التقييد بدون تشخص بعينه كما صرح به الامام الزاهد والامام الاقطع في شرحهما لمختصر القدوري وجوز فرقة اخرى منهم كصاحب النهاية والكفاية ومعراج الدراية الحمل على الوجهين احدهما آخر احوال الوجه الاول وهو انقلاب العقد الى الجواز بعد ما وقع فاسدا بان يكون المعنى قوله فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء لو اركب من شاء ينقلب العقد الى الجواز بعد ما وقع فاسدا وثانيهما الوجه الثاني كما ذكرنا من قبل اذا عرفت هذا فاقول ان تعليل المصنف هذه المسألة اعني قوله فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء بقوله عملا بالاطلاق يقتضي ان يحمله المصنف على الوجه الثاني فقط لانه انما يتمشى عند الحمل على الوجه الثاني لا عند الحمل على آخر الوجه الاول اذ لا شك ان علة انقلاب العقد الى الجواز في الوجه الاول انما هي تعين المعقود عليه بقاء لا الاطلاق فيه انما الاطلاق علة الفساد ابتداء وعن هذا فسر صاحب الكافي معنى الاطلاق ههنا بالوجه الثاني ثم علل المسألة بما علل به المصنف حيث قال فان اطلق بان قال على ان يركب او يلبس من شاء جاز له ان يركب او يلبس من شاء عملا باطلاق اللفظ انتهى تدبر قوله وان سمى نوعا وقدرا معلوما يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم كلاهما مثال لما هو اقل في الضرر واما مثال ما هو مثل في الضرر فكما اذا سمى خمسة اقفزة حنطة بعينها فحمل خمسة اقفزة حنطة اخرى وانما ترك هذا في الكتاب لظهوره وقال صاحب النهاية في شرح قوله كالشعير والسمسم هذا لف ونشر فان الشعير ينصرف الى المثل والسمسم ينصرف الى الاقل اذا كان التقدير فيهما من حيث الكيل لا من حيث الوزن انتهى وتبعه الشارح الكاكي كما هو دابه في اكثر الاحوال وقال صاحب غاية البيان قال بعضهم فيه لف ونشر يرجع قوله كالشعير الى قوله مثل الحنطة في الضرر ويرجع قوله والسمسم الى قوله اقل وليس ذلك بشيء لان الشعير ليس مثل الحنطة بل اخف منها ولهذا لو شرط ان يحمل عليها مائة رطل من الشعير فحمل عليها مائة رطل من الحنطة ضمن اذا عطبت فلو كان مثلا لما ضمن كما لو شرط ان يحمل عليها حنطة زيد فحمل عليها حنطة عمرو وهذا كله في الكيل بل قوله كالشعير والسمسم جميعا نظير قوله اقل الى هنا كلامه وقال صاحب العناية وذكر في النهاية ان في الكلام لفا ونشرا فان الشعير ينصرف الى المثل والسمسم ينصرف الى الاقل اذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فان السمسم ايضا مثل اذا كان التقدير من حيث الكيل انتهى كلامه اقول فيه بحث اذ الصحيح انه اذا كان التقدير من حيث الكيل فانما يكون السمسم مثل الحنطة في الكيل ولا شك ان المراد بالمثل والاقل ههنا ما هو مثل واقل في الضرر كما صرح به في نفس الكتاب انما يكون المثلية في الضرر بالتساوي في الوزن والاقلية في الضرر بالقلة في الوزن وانتفاء التساوي في الوزن بين السمسم والحنطة اذا كان التقدير من حيث الكيل امر بديهي فكأن صاحب العناية توهم من كون التقدير من حيث الكيل كون المثلية والاقلية ايضا من حيث الكيل وتوهم عجيب من مثله نعم يرد على ما ذكر في النهاية منع كون الشعير مثل الحنطة في الضرر اذا كان التقدير من حيث الكيل كما افصح عنه صاحب الغاية قوله وان استأجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها قال صاحب العناية قيل وانما قيد بكونه رجلا لانه اذا اردف صبيا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل انتهى وقال بعض الفضلاء الا ان قوله ولان الآدمي غير موزون يدل على خلاف ذلك ولعل تصدير الكلام بصيغة التمريض لذلك انتهى اقول الامر كذلك لان الصبي الذي لا يستمسك بنفسه لما صار بمنزلة الحمل صار بمنزلة غير الآدمي فلم يدخل تحت قوله ولان الآدمي غير موزون فلم يكن ما قيل على خلاف ذلك الدليل ويرشد اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال ثم الفقه في اعتبار عدد الراكب في الآدمي لا الثقل هو ان الآدمي مخصوص بعلم الفروسية وعن هذا قال شمس الائمة الحلواني هذا الذي ذكره من الجواب فيما اذا اردف مثله واما اذا اردف صبيا يضمن بقدر ثقله لكن هذا في الصبي الذي لا يستمسك بنفسه وكان مثله بمنزلة الحمل كذا في التتمة الى ههنا لفظ النهاية تامل ترشد ثم انه لا مجال للقصد الى تضعيف ذلك القول لانه مما تقرر في عامة المعتبرات الفتاوى وناهيك قول شمس الائمة الحلواني ذلك الامام المحقق ومن العجائب ههنا انه لما قال صاحب الكافي ولان الآدمي لا يوزن بالقبان بل

[illegible] لانه لم يدخل تحت مطلق العقد كان حاصلا بلا اذن [illegible] ان الاذن [illegible]
[illegible] الطريق [illegible]
[illegible] العقد الى العدول الى الخيرة [illegible]
[illegible] الوفاق [illegible] الاختلاف [illegible]
[illegible] الاجارة والعارية [illegible] الاستعمال [illegible] قطع الاستعمال [illegible]
[illegible] ذلك السرج [illegible] الحمار [illegible] لانه اذا كان [illegible] الاذن [illegible]
[illegible] اي اطلق الوزن فحينئذ يضمن الزيادة وان كان لا يسرج مثله الحمار يضمن لانه لم يتناوله الاذن [illegible]
[illegible] بما تلف السرج وهذا اولى [illegible] عند الحمار [illegible] ابي حنيفة [illegible]
[illegible] اذا كان [illegible] سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة [illegible]
[illegible] بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كانت من جنسه ولابي حنيفة رح ان الاكاف ليس من جنس
السرج لانه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط احدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر فيكون مخالفا

قول صاحب الهداية ولان الآدمي يختر ورده الشارح العيني وقال فيه نظر وقد شاهدنا كثيرا من الناس يزنون انفسهم بالقبان ليعرفوا وزنها ولكن لا ينضبط في عمله ما لا يخفى انتهى وكانه زعم ان مراد صاحب الكافي انه لا يمكن ان يوزن الآدمي بالقبان اصلا وهل يوجد في العالم من الممكنات القائمة بذاتها شيء لا يمكن ان يوزن اصلا الا ان يكون مجردا وحيئا الينا قوله وقال الا انهما اذا فعلا متعارفا الا ان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد الى آخره قال صاحب العناية وفي عبارته تسامح لان المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته والجواب ان اللام في المتعارف للعهد اي الكبح المتعارف او الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا لا مرادا لان العقد المطلق يتناوله وغيره انتهى كلامه وتصرف بعض الفضلاء في كل من جانبي السؤال والجواب اما في الاول فبان قال ويحتمل ان يقال المراد بالدخول عدم الخروج واما في الثاني فبان قال ولعل الاولى ان يقول اي الفعل المتعارف انتهى اقول كل من تصرفيه ساقط اما الاول فلانه لو كان المراد بالدخول عدم الخروج لا يدفع التسامح في العبارة فان ذلك المعنى خلاف الظاهر من اللفظ جدا فاذا قصد ذلك منه جاء التسامح في العبارة واما الثاني فلانه لو قال في تفسير المعهود اي الفعل المتعارف لم يتم الجواب اذ الفعل المتعارف مطلقا مراد بمطلق العقد لا داخل تحته وانما الداخل تحته الفعل المتعارف الخصوص ههنا الكبح المتعارف او الضرب المتعارف وان اراد بالفعل المتعارف في التفسير الكبح المتعارف او الضرب المتعارف دون الفعل المتعارف مطلقا احتاج الى تقدير آخر في تحصيل المراد فالاولى ما في العناية كما لا يخفى قوله وفي الاجارة والاعارة يصير الحفظ مأمورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود فانه لما جاوز الحيرة صار غاصبا للدابة ودخلت الدابة في ضمانه والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك او على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد كذا في الكافي وعامة الشروح ونوقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على احد هذين واجيب في النهاية وكثير من الشروح بانا نزيد في المأخذ فنقول انما يبرأ بالرد الى احد هذين او الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى الفوائد الظهيرية وقال في العناية والجواب ان الرد على احدهما يوجب البراءة وليس كل ما يوجب البراءة يجب ان يكون الرد على احدهما لجواز ان تحصل البراءة بسبب والسبب في غاصب الغاصب هو الرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل انتهى اقول يرد عليه ان قوله وليس كل ما يوجب البراءة يجب ان يكون الرد على احدهما لجواز ان تحصل البراءة بسبب آخر مما ينافيه الحصر المستفاد من قولهم والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك وعلى من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك كما مر ونقض ليس الا الحصر المستفاد من تلك المقدمة اللهم الا ان يحمل ذلك الحصر على القصر الاضافي دون الحقيقي فالمعنى ان الغاصب لا يبرأ الا بالرد على احدهما الا بالعقد فلا ينافيه جواز ان تحصل البراءة بسبب آخر وقصد بعض الفضلاء ان يجيب عما يرد على ما في العناية بوجه آخر حيث قال فكيف يستقيم الحصر المذكور آنفا عليه قلنا تقول لا يبرأ الا بالرد على المالك او نائبه الحصر صحيح بالنظر الى ما نحن فيه لانهم قد يكون المستأجر الذي فعل ما فعل مستأجرا من غاصب الدابة فتدبر انتهى كلامه اقول ليس ذلك بمستقيم لان قولهم والغاصب لا يبرأ الا بالرد على المالك او نائبه في حيز الكبرى من الشكل الاول بان يقال المستأجر فيما نحن فيه غاصب بمجاوزته الحيرة وكل غاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك ونائبه فهو لا يبرأ عنه الا باحدهما ولم يوجد هنا شيء منهما فلا يبرأ وصحة الحصر بالنظر الى ما نحن فيه لا تفيد صحته بالنظر الى كلية الكبرى والكلام فيها ولو كان مراد صاحب العناية بقوله ولا يبرأ الا بالرد على المالك ونائبه ان المستأجر فيما نحن فيه لا يبرأ الا بالرد على احدهما لا ان الغاصب مطلقا لا يبرأ الا بالرد على احدهما لما كان للنقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب مساس بكلامه فلا يكون لذكره وجوابه عنه وجه فان قيل يجوز ان يكون مراده حينئذ بغاصب الغاصب في النقض هو المستأجر الذي استأجر من غاصب الدابة وفعل ما فعل لا غاصب الغاصب مطلقا فيكون للنقض المزبور مساس بكلامه ايضا قلنا فلا يصح الحصر المزبور اذ ربما [illegible]

كان المراد الحديد في شرط الحنطة وان شرط حملا ... [illegible] ... فلا اجر عليه ان بلغ ذلك اجر مثل اذا الركن بين الطريقين تفاوت لا يتعدى
ذلك التقييد غير مفيد ... [illegible] ... التفاوت ... [illegible] ... الا يسلكه الناس فعليه
ضمن لانه صح التقييد ... [illegible] ... التفاوت بين ... [illegible] ... الاجر
لحصول المقصود ... [illegible]
... [illegible] ... لا ينتصب للاجير ... [illegible] ... الخياط ... [illegible]
لا يجاوز به ... [illegible] ... يستعمل القبا ... [illegible] ... المنفعة ... [illegible] ... ابي حنيفة ... [illegible] ... الا ان القميص
خلاف ... [illegible] ... القميص ... [illegible] ... الموافقة والمخالفة ... [illegible] ... يجب اجر مثل المقصود
جهة الموافقة لا يجاوز به الدرهم المسمى ... [illegible] ... سائر الاجارات الفاسدة ... [illegible] ... ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل وقد امر بالقباء قيل يضمن من غير خيار
للتفاوت في المنفعة والاصح انه يخير للاتحاد في اصل المنفعة وصار كما اذا امر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير كذا هنا

باب الاجارة الفاسدة

قال الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى انه عقد يقال ويفسخ والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى وقال زفر والشافعي
يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها الا ان الفاسد تبع له ويعتبر ما يجعل
بدلا في الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد اسقطا الزيادة واذا نقص اجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقوم في نفسها وهو الموجب الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا

الى ما نحن فيه ايضا فلا يتم المطلوب فالمخلص في الجملة التصحيح ما في العناية انما هو حمل الحصر على القصر الاضافي كما نبهنا عليه من قبل قال في النهاية فان قلت الحاق الاجارة
العارية في حكم الضمان غير مستقيم لان يد المستاجر كيد المالك حتى يرجع بما لحقه من الضمان على المالك كالمودع بخلاف المستعير وكذا مؤنة الرد على المالك
في الاجارة كما في الوديعة بخلاف الاعارة قلت هذا هو الذي تشبث به عيسى بن ابان في الطعن في جواب الكتاب
لكنا نقول يرجع بالضمان للغرور المتمكن بعقد المعاوضة وذلك لا يدل على ان يده ليست كيد نفسه كالمشتري يرجع بضمان الغرور وكذلك مؤنة الرد عليه لما قلنا من ان منفعة النقل
في ... [illegible] ... المستاجر بنفسه لانه هو المنتفع في امساك العين المستاجر اذ لو لم يكن له في امساك العين نفع لما اختار امساك العين على ماله من الاجرة انتهى وعلى هذا المنوال
وذكر الطعن عيسى بن ابان والجواب عنه في كثير من الشروح وعزاه في الكفاية الى المبسوط وقال في العناية قبل الحاق العارية بالاجارة تفويت له وكذلك الاعارة وعكسه ليس
بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما فان يد المستاجر كيد المالك حيث يرجع بما لحقه من الضمان كالمودع ومؤنة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الاعارة والجواب ان الالحاق
بين الشيئين من كل وجه ممتنع لتعددها فلا بد من تفرقة لتحقق الالحاق والاتحاد في المناط كاف في الالحاق وهو موجود فان المناط هو التجاوز عن المسمى متعديا ثم الرجوع اليه فيما
لم يكن الخلاف اليه متعديا وذلك موجود فيها لا محالة انتهى اقول ليس هذا الجواب بمستقيم لان الاتحاد في المناط المذكور غير كاف للالحاق على تقدير ثبوت التفرقة المذكورة
في الطعن بل لا يكون ذلك الذي عده مناطا للالحاق في حكم الضمان فان يد المستاجر ان كان كيد المالك كان تعدي المستاجر بالتجاوز عن المسمى في حكم
تعدي المالك في مال نفسه فلا ينبغي ان يضمن المستاجر شيئا بخلاف المستعير فلا يتم الحاق واحدة من الاجارة والعارية بالاخرى فالصواب في الجواب منع ثبوت
التفرقة المذكورة بمنع دلالة ما ذكر في الطعن على كون يد المستاجر كيد المالك كما هو حاصل ما ذكر في النهاية وسائر الشروح على ما نقلنا انفا **قوله** كما اذا
حمل الحديد بقدر وزن الحنطة قال صاحب العناية فيه نظر لانه عكس ما نحن فيه من المثال اذ جعل ذلك مثال المخالفة فقدان من غير نظر الى الانبساط وعدمه انتهى
وقال الشارح العيني بعد نقل ما قاله صاحب العناية قلت ليس فيه عكس لان الحديد قدر وزن الحنطة المشروطة لا ما ياخذ من ظهر الدابة
قدر ما ياخذ الحنطة وهذا ظاهر انتهى اقول بل فساد كلامه ظاهر لان تعليله ينافي ما ادعاه فان الحديد الذي هو قدر وزن الحنطة المشروطة
اذا لم ياخذ من ظهر الدابة قدر ما ياخذ الحنطة المشروطة تعين العكس حيث كان ما حمله المستاجر على الدابة وهو الحديد اقل انبساطا
على ظهر الدابة مما شرط له في العقد وهو الحنطة وكان فيما نحن فيه ما وضعه الكثير على الحمار وهو الاكاف اكثر انبساطا مما عين له في العقد
وهو السرج وهذا عكس ذلك لا محالة

باب الاجارة الفاسدة

تاخير الاجارة الفاسدة عن صحيحها الاحتياج الى معرفة انواعها مما لا يخفى **قوله** والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى قال جمهور الشراح
اي الواجب فيها ما هو الاقل من اجر المثل ومن المسمى وقالوا هذا الحكم اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا بسبب جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية لانه
لو كان باعتبار واحد منها يجب الاجر بالغا ما بلغ كما صرح به في الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيخان وقال صاحب العناية والواجب في الاجارة التي فسدت
بالشروط الاقل من اجر المثل والمسمى وقال انما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كما رايت لسياق الكلام ودفعا لما قيل الاقل من الاجر
ومن المسمى انما يجب اذا فسدت بالشرط اما اذا فسدت بجهالة المسمى او لعدم التسمية وجب اجر المثل بالغا ما بلغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيخان
انتهى كلامه اقول فيه بحث اما اولا فلان قوله والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل الى آخره لفظ القدوري في مختصره ولا دلالة لسياق كلامه

يرجع بضمان

على المالك

وان استاجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجره

وفي الاصل اذا استاجر الرجل من آخر دارا كل شهر بعشرة دراهم فان ابا حنيفة قال هذا جائز ولكل واحد منهما ان ينقض الاجارة في راس الشهر فان سكن يوما او يومين لزمه الاجارة في الشهر الثاني واختلفت عبارة المشايخ في تخريج المسئلة لبعضهم قال اراد بقوله جائز ان الاجارة في الشهر الاول جائزة فاما فيما عدا ذلك من الشهور فالاجارة فاسدة لجهالة المدة الا انه اذا جاء الشهر الثاني ولم يفسخ كل واحد منهما الاجارة في راس الشهر جازت الاجارة في الشهر الثاني لان الشهر الثاني صار كالشهر الاول وبعضهم قال لا بل الاجارة جائزة في الشهر الثاني والثالث كما جازت في الشهر الاول واطلاق محمد رحمه الله في الكتاب يدل عليه وان جازت الاجارة فيما وراء الشهر الاول وان كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير نكير منكر وانما يثبت الخيار لكل واحد منهما راس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة فيما زاد على الشهر الاول لنوع ضرورة بيانها ان في فسخ الاجارة ان لا تزيل الرقبة من ملك الموجر ولا تجعلها ملكا للمستاجر ومتى لم يثبت الخيار لكل واحد منهما راس الشهر لزوال رقبة المستاجر عن ملك الموجر معنى لانه لا يمكنه سكناها ولا بيعها ولا هبتها ابد الدهر لانه لا نهاية لجملة الشهور وهذا لا يجوز فلهذه الضرورة كان لكل واحد منهما الخيار بين الفسخ والمضي في راس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة في الشهر وفيما زاد على الشهر ثم قال الا ان المشايخ بعد هذا اختلفوا في كيفية امكان الفسخ لكل واحد منهما راس كل شهر وانما اختلفوا لان راس الشهر في الحقيقة عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما اهل الهلال مضى راس الشهر فلا يمكن الفسخ بعد ذلك لمضي وقت الهلال وقبل ذلك لا يمكنه الفسخ لانه لم يجئ وقته والصحيح في هذا احد الطرق الثلاثة اما ان يقول الذي يريد الفسخ قبل مضي الشهر فسخت الاجارة فيتوقف هذا الفسخ الى انقضاء الشهر فاذا انقضى الشهر واهل الهلال عمل الفسخ حينئذ عمله ونفذ لانه لم يجد نفاذا في وقته والفسخ اذا لم يجد نفاذا في وقته يتوقف الى وقت نفاذه وبه كان يقول ابو نصر محمد بن سلام البلخي ونظير هذا ما قاله محمد رح في البيوع اشترى عبدا على انه بالخيار فحم العبد ففسخ المشترى العقد بحكم الخيار لم ينفذ هذا الفسخ بل يتوقف الى ان يزول الحمى في مدة الخيار وقال في المضاربة رب المال اذا فسخ المضاربة وقد صار مال المضاربة عروضا لم ينفذ الفسخ للحال بل يتوقف الى ان يصير مال المضاربة دراهم او دنانير فينفذ الفسخ حينئذ كذا ههنا او يقول الذي يريد الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد راس الشهر فينفسخ العقد اذا اهل الهلال ويكون هذا فسخا مضافا الى راس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه يصح مضافا او يفسخ الذي يريد الفسخ في الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها وهذا القائل يقول لم يرد محمد بقوله لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة راس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي يهل فيها الهلال فانما اراد به راس الشهر من حيث العرف والعادة وهي الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها وهذا كما قال محمد رحمه الله في كتاب الايمان اذا حلف الرجل ليقضين حقه راس الشهر فقضاه في الليلة التي يهل فيها الهلال او في يومها لم يحنث استحسانا الى ههنا لفظ المحيط وهكذا ذكر في الذخيرة ايضا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة بنوع اجمال منه اقول لقائل ان يقول الطريق الاول والثاني من الطرق الثلاثة المذكورة مما لا يساعده عبارة الائمة في وضع هذه المسئلة فان محمدا رح قال في الاصل ولكل واحد منهما ان ينقض الاجارة في راس الشهر والامام قاضيخان قال في فتاواه رجل استاجر دارا او حانوتا كل شهر بدرهم كان لكل واحد منهما ان يفسخ الاجارة عند تمام الشهر والمصنف قال ههنا واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة ولا يخفى ان مقتضى هذه العبارات ان يكون ثبوت خيار الفسخ لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول راس الشهر الثاني لا قبل ذلك ودلالة ذينك الطريقين على ان يثبت لهما خيار الفسخ في خلال الشهر الاول قبل تمامه واقول يمكن ان يقال نفاذ الفسخ وتاثيره في ذينك الطريقين ايضا عند انقضاء الشهر الاول واهلال الشهر الثاني وان كان التكلم بالفسخ فيهما في خلال الشهر الاول فيجوز ان تكون تلك العبارات في وضع هذه المسئلة على ان يكون اثر ثبوت الخيار لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول راس الشهر الثاني وهذا غاية ما يمكن في توجيه الطريقين المذكورين ههنا

لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالي ليست بمحل له ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله وهو رواية عن ابي يوسف الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة وهي في الاول منها وله انه متى تم الاول بالايام ابتداء الثاني بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق **قال** ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام فاما الحمام فلتعارف الناس ولم يعتبر الجهالة لاجماع المسلمين قال عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روي انه عليه السلام احتجم واعطى الحجام الاجرة ولانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جائزا **قال** ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس وهو ان يواجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عليه السلام ان من السحت عسب التيس والمراد اخذ الاجرة عليه **قال** ولا الاستيجار على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القرآن والفقه والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستيجار عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يصح في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه السلام اقرؤا القرآن ولا تاكلوا به وفي آخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عثمان بن ابي العاص وان اتخذت مؤذنا فلا تاخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا تعتبر اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر من غيره كما في الصوم والصلوة ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح

ينبو عنه لظاهر اللفظ ثم ان الامام الزيلعي رد على من قال من المشايخ في تخريج هذه المسئلة ان العقد جائز في الشهر الثاني والثالث ايضا لتعامل الناس بها من غير نكير منكر الا ان لكل واحد منهما خيار الفسخ براس كل شهر لنوع ضرر وتحيث قال في شرح الكنز ولا معنى لقول من قال من المشايخ ان العقد صحيح في الشهر الثاني والثالث لتعامل الناس لان التعامل اذا كان مخالفا للدليل لا يعتبر انتهى اقول بل لا معنى لما قاله الزيلعي لان التعامل اذا وقع من غير نكير منكر فقد حصل الاجماع وفيما نحن فيه وقع كذلك على ما صرح به من قال من المشايخ بجواز العقد في كل الشهور والاجماع دليل قطعي والدليل الذي خالفه التعامل ههنا انما هو كون جهالة المدة مفسدة للعقد وهو موجب القياس والقياس دليل ظني لا يصلح للمعارضة للدليل القطعي اصلا فضلا عن ان لا يعتبر القطعي في مقابلته على انه قد تقرر عندهم ان الجهالة المفسدة للعقد انما هي الجهالة المفضية الى النزاع دون مطلق الجهالة كما مر في البيوع وجهالة المدة فيما نحن فيه ليست بمفضية الى النزاع اذ لكل واحد منهما التفرد بالفسخ في راس كل شهر فكيف يقع النزاع قوله لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء قال صاحب العناية في تعليله لان ذكر الشهور منكرة وتبعه الشارح العيني اقول فيه اي في تعليله بحث اما اولا فلان المذكور في مسئلة الكتاب هو السنة دون الشهور واما ثانيا فلان المذكور في مسئلة النذر بالصوم ايضا منكر مع ان الجواب يختلف فيهما والصواب في تعليل ذلك ان يقال لان كل الاوقات محل للاجارة اذ لا منافاة بين الاجارة وبين وقت ما اصلا فان التعليل هو الفارق بين المسئلتين وهو الموافق لقول المصنف بخلاف الصوم لان الليالي ليست بمحل له قوله ثم ان كان العقد حين يهل الهلال قال صاحب العناية بضم الياء وفتح الهاء على صيغة بناء المفعول اي يبصر الهلال ثم قال اراد به اليوم الاول ورد عليه صاحب الغاية حيث قال بعد ما فسر في شرح قوله حين يهل الهلال اراد به اليوم الاول وفيه نظر لانه ليس حين يهل الهلال بل اول الليلة الاولى من الشهر انتهى كلامه اقول نظره ساقط لان صاحب النهاية قد فسر قوله يهل الهلال بقوله اي يبصر الهلال فعلى مقتضى هذا التفسير كان معنى قوله حين يهل الهلال حين يبصر الهلال وهو اول الليلة من الشهر قطعا وليس مراده بقوله اراد به اليوم الاول نفس معنى قوله حين يهل الهلال اذ قد علم معناه من التفسير السابق فلعل مراده بذلك بيان ان ليس المراد بقولهم حين يهل الهلال في هذه المسئلة معناه الحقيقي وهو اول الليلة من الشهر لتعسر كون العقد فيه بل المراد به ما هو المتعارف وهو اليوم الاول من الشهر ونظيره ما قالوا في المسئلة الاولى لم يرد محمد رحمه الله براس الشهر في قوله لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة راس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي يهل فيها الهلال بل راس الشهر من حيث العرف والعادة وهو الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها فلا يرد عليه النظر المذكور اصلا

قوله لان القربة متى حصلت وقعت على العامل الى آخره اقول ينتقض هذا بما ذكره المص في باب الحج عن الغير من كتاب الحج حيث قال ثم ظاهر المذهب ان الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك تشهد الاخبار الواردة في الباب كحديث الخثعمية فانه عليه السلام قال فيه حجي عن ابيك واعتمري انتهى فان ذلك صريح في وقوع القربة عن غير العامل قال صاحب الكافي في تقرير هذا الدليل ولان القربة متى وقعت تقع ثوابها للفاعل لا لغيره انتهى اقول يخالف هذا ما صرح به المصنف وصاحب الكافي ايضا في اول باب الحج عن الغير من ان الاصل ان الانسان له ان يجعل ثواب عمله لغيره صلوة كانت او صوما او صدقة او غيرها عند اهل السنة والجماعة لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه ضحى بكبشين املحين احدهما عن نفسه والآخر عن امته ممن اقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ فجعل ثواب تضحيته احد الشاتين لامته انتهى فليتامل **قوله** ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح اقول فيه بحث لانه ان اريد ان المعلم لا يستقل في التعليم بشيء اصلا فهو ممنوع فان التلقين والالقاء فعل المعلم وحده لا مدخل فيه للمتعلم وانما وظيفته الاخذ والفهم وان اريد ان للمتعلم ايضا مدخلا في ظهور اثر التعليم وفائدته فان المتعلم ما لم ياخذ ما القاه المعلم ولم يفهم ما لقنه لم يظهر للتعليم اثر وفائدة فهو مسلم ولكن الذي يلتزمه المعلم انما هو فعل نفسه

تعلم

وبعض مشايخنا استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى قال ولا يجوز الاستيجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية لاتستحق بالعقد قال ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة الا من شريكه وقالا اجارة المشاع جائزة وصورته ان يوجر نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما ان للمشاع منفعة ولهذا يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا آجر من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة رحمه الله انه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا تمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه واما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا واما اذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضره على انه لا يصح في رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطارئ لان القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ

ما يقدر عليه لا بفعل الآخر والمانع من اخذ الاجرة على فعل نفسه كما لا يخفى فان قلت التعليم والتعلم متحدان بالذات مختلفان بالاعتبار على ما ذكر في بعض الكتب فيؤل اخذ الاجرة على التعليم الى اخذها على التعلم الذي هو فعل الغير قلت اتحاد التعليم والتعلم بالذات امر بعيد والحق بل غير مسلم ولو سلم فكفى التغاير الاعتباري لنا اذ لا اشكال في اعتبار التعليم والتعلم في كثير من الاحكام فليكن في اخذ الاجرة عليه كذلك فتامل **قوله** وبعض مشايخنا استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى اقول فيما ذهب اليه هؤلاء المشايخ اشكال وهو ان مقتضى الدليل الثاني والثالث المارين آنفا ان لا يمكن تحقق ماهية الاجارة وهي تمليك المنافع بعوض في الاستيجار على تعليم القرآن ونظائره بناء على عدم القدرة على تسليم ما التزمه المؤجر من المنفعة فكيف يصح استحسان الاستيجار في تلك الصور وصحة استحسانه فرع امكان تحقق ماهية الاجارة كما لا يخفى فليتامل في دفع هذا الاشكال القوي لعله مما تسكب فيه العبرات الا ان يعلم صحة ذلك بالدليل **قوله** واما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك الى قوله ولا يعتبر المتراخي سابقا هذا جواب عن قولهما او بالتهايؤ وحاصله ان التهايؤ من احكام العقد بواسطة الملك فهو متاخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لانتفاء شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتهايؤ لانه لا يمكن ان يكون ثبوت الشيء بما يتاخر عنه ثبوتا كذا في العناية واعترض بعض الفضلاء على ما في الهداية وعلى ما في العناية اما على ما في الهداية فبان قال فيه بحث فانهما لم يقولا ان التهايؤ هو القدرة على التسليم بل يقولان يتحقق التسليم به فكما ان التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال في التهايؤ انتهى واما على ما في العناية فبان قال يجوز ثبوت العلم بالشيء بما يتاخر عنه ثبوتا وما نحن بصدده منه انتهى اقول كل واحد منهما ساقط اما الاول فلانه كلام خال عن التحصيل لان ما ذكر هنا من قبل ابي حنيفة رحمه الله ليس مبنيا على ان يكون مدار ما قاله صاحباه على ان التهايؤ هو القدرة حتى يصح الاعتراض عليه بانهما لم يقولا ان التهايؤ هو القدرة بل قالا يتحقق التسليم به بل ذاك مبني على قولهما او بالتهايؤ في قولهما والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ يقتضي جواز كون ثبوت القدرة على التسليم بثبوت التهايؤ فيرد عليه من قبله ان يقال ثبوت التهايؤ بل ثبوت القدرة على التهايؤ متاخر عن تحقق العقد لانه انما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك والقدرة على التسليم متقدمة على العقد لكونها شرطا لجوازه فكيف يمكن ان يكون ثبوت المتقدم بثبوت المتاخر وهذا معنى قول المصنف ولا يعتبر المتراخي سابقا ولا غبار عليه اصلا واما الثاني فلانه لا اشكال في جواز ثبوت العلم بالشيء بما يتاخر عنه ثبوتا كما في الاستدلال من الاثر على المؤثر ولكن ما نحن بصدده ليس منه لاستحالة اذ لا يشك عاقل في ان ليس معنى قولهما والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ ان ثبوت العلم بامكان التسليم بالتخلية او بالتهايؤ بل معناه ان ثبوت نفس امكان التسليم اي القدرة عليه بالتخلية او بالتهايؤ وما نحن بصدده جواب عن قولهما ذلك فكان المراد به ايضا ما اريد هناك **قوله** وبخلاف الشيوع الطارئ لان القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء قال صاحب العناية ليس لقوله هذا التعلق ظاهر الا ان يجعل تمهيدا للجواب عن قولهما او من رجلين لكن في قوله وبخلاف ما اذا اجر من رجلين نبوة عن ذلك يعرف بالتامل انتهى كلامه اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان مقصود المصنف من قوله هذا دفع اشكال يرد على دليل ابي حنيفة رحمه الله وهو ان الشيوع الطارئ لا يفسد الاجارة بالاجماع مع انتفاء القدرة على التسليم هناك ايضا ولا اشكال ان لهذا تعلقا ظاهرا بما نحن فيه من غير احتياج الى ان يجعل تمهيدا لما بعده **قوله** وبخلاف ما اذا اجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ قال تاج الشريعة فان قلت الشيوع مقارن لا طارئ فانها عقد مضاف تنعقد ساعة فساعة وكان الطارئ كالمقارن قلت بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه دون وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا انتهى كلامه ورد صاحب النهاية جوابه حيث قال فان قيل لا نسلم انه طارئ بل هو مقارن لانها تنعقد ساعة فساعة اجيب بان بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه لانه عقد لازم فلا يكون مقارنا وقال وهو فاسد لان العقد الغير اللازم هو الذي يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم

تسليم

ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن ولان التعامل به كان جاريا على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقبله واقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا يستحق الاجر

في الوكالة على انه لو ثبت ههنا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض وانما الخصم يقول لا بقاء للعقد فيها انتهى اقول كل من اصل رده وعلاوته فاسد اما الاول فلان قول المجيب لانها عقد لازم ناظر الى قوله دون وجه او الى المجموع قوله من وجه دون وجه من حيث هو مجموع لا الى قوله من وجه وحده كما توهمه صاحب العناية وبنى عليه رده كما ترى فمعنى الجواب ان بقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه دون وجه لانها عقد لازم فان العقد الغير اللازم يكون لبقائه حكم الابتداء من كل الوجوه فاذا لم يكن لبقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه لم يكن الشيوع مقارنا للعقد من هذا الوجه فلم يكن الطاري كالمقارن والحاصل ان مدار الجواب المبني على الفرق بين الشيوع الطاري والمقارن من الوجه الثاني دون الاول وصاحب العناية توهم العكس حتى جرى في تقرير الجواب قول المجيب من وجه ولم يرد ان الجواب حينئذ لا يكون دافعا للسؤال اصلا بل يكون مقويا له كما يظهر بالتامل الصادق واما الثاني فلان ثبوت البقاء لعقد الاجارة مما لم ينازع فيه احد فان الاصل عندنا ان العين المستاجرة اقيمت مقام المنفعة في اضافة العقد اليها وان العقد وهو الايجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مع ارتباط احدهما بالآخر باق شرعا ببقاء العين المستاجرة على السلامة وانما الذي يتجدد ساعة فساعة هو الانعقاد في حق المعقود عليه وهو المنفعة الحادثة شيئا فشيئا وهذا مع كونه معلوما مما تقرر في صدر كتاب الاجارة منكشف بما ذكر ههنا في الكافي وكثير من الشروح وهو ان الشيوع الطاري بان آجر رجل من رجلين ثم مات احد المستاجرين او بان آجر رجلان من رجل ثم مات احد الموجرين يفسد العقد في حق الحي في رواية الطحاوي عن خالد بن صبيح عن ابي حنيفة رحمه الله لان الاجارة يتجدد انعقادها بحسب حدوث المنافع فكان لبنا فكان هذا في معنى الشيوع المقترن بالعقد وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الحي لان تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه فاما اصل العقد فمنعقد لازم في الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوع طاري والشيوع الطاري ليس نظير المقارن كما في الهبة اذا وهب كل الدار وسلمها ثم رجع في نصفها انتهى ما في الكافي وكثير من الشروح وهكذا ذكر في المبسوط والاسرار ايضا فتنبه **قوله** ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة قال في النهاية علم ان القياس يابي جواز اجارة الظئر لانها ترد على استهلاك العين مقصودا وهو اللبن فكان بمنزلة لو استاجر شاة او بقرة مدة معلومة باجر معلوم ليشرب لبنها لكن جوازها استحسانا لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وهذا العقد لا يرد على العين وهو اللبن مقصودا وانما يقع على فعل التربية والحضانة وخدمة الصبي واللبن يدخل فيها تبعا لهذه الاشياء ومثل هذا جائز كما لو استاجر صباغا ليصبغ له الثوب فانها جائزة وطريق الجواز ان يجعل العقد واردا على فعل الصباغ والصبغ يدخل فيه تبعا فلم يكن الاجارة واردة على استهلاك العين مقصودا وبهذا خرج الجواب عن فصل البقرة والشاة لان هناك عقد الاجارة ترد على استهلاك العين مقصودا كذا في الذخيرة الى ههنا لفظ النهاية اقول هذا تحرير ركيك بل مختل لان المشائخ قد كانوا مختلفين في ان المعقود عليه في استيجار الظئر ماذا فقال بعضهم هو المنافع وهي خدمتها للصبي واللبن تبع كالصبغ في الثوب النافع وقال بعضهم هو اللبن والخدمة تابعة على ما سياتي تفصيل ذلك ومدار ما ذكر في وجه القياس هو القول الثاني ومدار ما ذكر في وجه الاستحسان بقوله وهذا العقد لا يرد على العين الخ هو القول الاول فهل ينبغي ان يقال في المسئلة المتفق عليها ان القياس يابي جوازها ولكن جوزناها استحسانا فيذكر في وجه القياس ما يختص باحد القولين في معنى تلك المسئلة وفي وجه الاستحسان ما يختص بالقول الآخر في معناها ولا يخفى انه لا يصح على احد القولين وجه القياس ولا يصح على القول الآخر وجه الاستحسان فلا يوجد في المسئلة قياس واستحسان على الوجه المزبور على ان ما ذكر في وجه الاستحسان يقتضي انتفاء ذلك القياس اصلا لا ترك العمل به بعد تقرر ثبوته كما هو حكم الاستحسان في مقابلة القياس على ما عرف تامل تقف **قوله** لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن قال الشراح يعني بعد الطلاق اقول الاولى ان يقال يعني بعد الطلاق والعدة ليوافق ما مر في الكتاب في باب النفقة من كتاب الطلاق وهو قوله وان استاجرها وهي زوجته او معتدته لترضع ولدها لم يجز انتهى وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال في تفسير

والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استاجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر عن الارضاع بلبن شاة ان شاء الله تعالى

قوله صاحب العناية يعني بعد الطلاق البائن وقال اذ لا يجوز بعد الطلاق الرجعي قبل انقضاء العدة انتهى اقول ليس في ذاك تمام لانه لا يجوز بعد الطلاق البائن ايضا قبل انقضاء العدة في رواية وهي التي اختارها في الكتاب فيما مر وعن هذا قال المصنف هناك وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة وكذا في المبتوتة في رواية انتهى فتدبر **قوله** والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا الى آخره القول الاول اختيار صاحب الذخيرة الايضاح واختاره المصنف ايضا كما ترى والقول الثاني اختيار شمس الائمة السرخسي حيث قال في المبسوط وزعم بعض المتاخرين ان المعقود عليه المنفعة وهي القيام بخدمة الصبي وما يحتاج اليه فاما اللبن فيتبع فيه لان اللبن عين من الاعيان لا يستحق بعقد الاجارة كلبن الانعام ثم قال والاصح ان العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وما سواه من القيام بامر الصبي من غسله وغيره تبع والمعقود عليه منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به هكذا ذكره ابن سماعة عن محمد رحمه الله فانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة انتهى كلامه وتعجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما اعرض عنه الامام الكبير شمس الائمة السرخسي بعد ان راى مثل هذا الدليل الواضح والرواية المنصوصة عن محمد رحمه الله ورد عليه صاحب العناية بعد ان روى تعجبه من ذلك حيث قال وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام امر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بامور وسائط منها اللبن فجعل العين المرئية منفعة ونقض القاعدة الكلية ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا تتشبث له بما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله انه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية ولئن كان فنحن ما منعنا ان يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا او تبعا وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك الى هنا كلامه اقول خاتمة كلامه ليست بصحيحة اذ في كلام محمد ما يدل على ان استحقاقه من حيث كونه مقصودا لا محالة لانه قال استحقاق لبن الادمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه ولا شك انه لا دلالة على عدم جواز بيعه الا ان يكون استحقاقه من حيث كونه مقصودا الا يرى ان الصبغ في الثوب يستحق بعقد الاجارة تبعا مع انه مما يجوز بيعه قطعا ثم ان الشارح العيني ههنا كلمات كثيرة منزخرفة ذكرها تقوية لما ذهب اليه شمس الائمة السرخسي وردا على صاحب العناية ما ذكره في رده على صاحب النهاية فان ذكرنا كلها وبينا حالها التزمنا الاطناب بلا طائل ولكن لا علينا ان نذكر ههنا من اولها وآخرها قال بعد نقل ما في النهاية والعناية قلت قول شمس الائمة السرخسي هو الاقرب الى الفقه لان الاعيان تحدث شيئا فشيئا مع بقاء اصلها بمنزلة المنافع فيجوز اجارتها كالعارية لمن ينتفع بالمتاع ثم يرده والعرية لمن ياكل ثمرة الشجرة ثم يردها والمنحة لمن يشرب لبن الشاة ثم يردها ثم قال في آخر كلامه وكيف يقول صاحب العناية لما روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله انه غير ظاهر الرواية وهو من كبار اصحاب محمد وابي يوسف القاضي وكان من العلماء الكبار الصالحين وكان يصلي كل يوم مائتي ركعة اقول كل مما قاله في الاول والآخر فاسد اما ما قاله في الاول فلان معنى حدوث المنافع شيئا فشيئا ان لا يكون لها بقاء اصلا بناء على عدم بقاء الاعراض زمانين عند المتكلمين ولا شك ان هذا المعنى ليس بمتحقق في الاعيان فكيف تكون الاعيان بمنزلة المنافع ولو سلم ذلك لم يجز اجارة الاعيان قطعا اذ حقيقة الاجارة تمليك المنافع بعوض دون تمليك الاعيان فان تمليك الاعيان بعوض هو البيع لا غير وهذا امر مقرر عند الفقهاء قاطبة وما ذكره من التنظيرات والتشبيهات مما لا يجدي شيئا اما صورة العارية فلان العين هناك باق على حاله وانما الانتفاع بالمنافع فلا مساس لها بما نحن فيه واما الصورتان الاخريان فان العين فيهما وان كان مملكا للغير لكن لا بطريق الاجارة بل بطريق الهبة والعطية

واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة عتبارا بالاستيجار على الخدمة قال ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استاجرها للخبز والطبخ وله ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاظار شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها فهو جائز يعني بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام وبين قدره جاز ايضا لما قلنا:

فلا فائدة لها فيما نحن فيه اذ الكلام في ان عقد الاجارة لا يرد على الاعيان لان شيئا من المعقود لا يرد عليها واما ما قاله في الآخر فلان المراد بظاهر الرواية عند الفقهاء رواية الجامعين والزيادات والمبسوط والمراد بغير ظاهر الرواية عندهم رواية غير هذه الاربع كما نبه سائر ثقات فيما بينهم مذكورا في مواضع شتى وقد صرح به الشراح قاطبة حتى ذلك الشارح نفسه ايضا في كتاب الاقرار ولا شك ان مراد صاحب العناية ايضا ههنا بقوله ان ما روى ابن سماعة عن محمد ليس بظاهر الرواية انه ليس من رواية تلك الكتب الاربعة لمحمد رحمه الله التي هي الرواية المعتمدة جدا وكون ابن سماعة من كبار العلماء الصالحين مما لا يقادح في ذلك قطعا ولا شبهة فيه الا من الغفول عن اصطلاح الفقهاء في ظاهر الرواية وغير ظاهرها فكانه يسمي ما قد مست يداه قوله واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة قال جماعة من الشراح في تفسير قوله ما ذكرناه يعني من جواز الاجارة باحد الطريقين اقول فيه نظر اذ لو كان مراد المصنف بقوله ما ذكرنا ما يعم الطريقين لما تم قوله اعتبارا بالاستيجار على الخدمة لان الاعتبار بالاستيجار على الخدمة اي القياس على ذلك لا يصح على الطريق الثاني فان العقد في الاستيجار على الخدمة يقع على اتلاف المنفعة مقصودا لا محالة وفي استيجار الظئر يقع على اتلاف العين مقصودا على موجب الطريق الثاني فكيف يصح اعتبارا احدهما بالآخر فالحق ان مراده بقوله ما ذكرناه ما اختاره من رجحان الطريق الاول على الطريق الثاني وعن هذا قدم ذكر الكتاب والسنة في اثبات هذه المسألة واخر ذكر القياس الى ههنا فان اثباتها بالكتاب والسنة يتمشى على كلا الطريقين فناسب ذكرهما متصلا باصل المسألة واما اثباتها بالقياس فمختص بالطريق الاول فناسب ذكره بعد تفصيل الطريقين وبيان ما هو المختار عنده وموافقا للقياس فبهذا التحقيق ظهر سقوط السؤال وركاكة الجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية بقوله فان قيل قد علم من اول المسألة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام قلت اثبت جوازها بالكتاب والسنة اولا ثم رجع الى اثباتها بالقياس انتهى تدبر تفهم قوله ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها قال صاحب النهاية هذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحتمل ان يكون معناه اي سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم اعطى الطعام بازاء الدراهم المسماة انتهى اقول ليت شعري كيف يستفاد هذا المعنى من ذلك اللفظ حتى يصح طعنه في المعنى الذي ذكره المصنف بانه لا يستفاد من ذلك اللفظ وقبوله هذا المعنى فان هذا المعنى ان لم يكن اكثر بعدا من ذلك اللفظ من المعنى الذي ذكره المصنف فلا اقل من المساواة لانه افتقر الى حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه في ذلك اللفظ اي لفظ الجامع الصغير بان كان التقدير ان سمى بدل الطعام دراهم كما حمله عليه الامام الزيلعي جاز ان يفهم منه اصل المعنى الذي ذكره المصنف وهو قوله ان يجعل الاجرة دراهم ولكن لا يفهم منه الجزء آخره وهو قوله ثم يدفع الطعام مكانه كما نبه عليه الامام الزيلعي حيث قال لكن لا يفهم منه انه اعطى بدل الدراهم طعاما وانما يفهم منه انه سمى بدل الطعام دراهم لا غير انتهى واما المعنى الذي ذكره صاحب النهاية فله اشتراك في الاجرة مع المعنى الذي ذكره المصنف في اوله وتفصيل زائد على ما في اول المعنى الذي ذكره المصنف فان فهم ذلك التفصيل من المضاف المقدر في لفظ الجامع الصغير كان المعنيان متساويين في الافهام بالبعض الاول منهما من ذلك اللفظ وعدم افهام البعض الآخر منهما والا كان ذلك المعنى الذي ذكره صاحب النهاية اكثر بعدا من ذلك اللفظ من المعنى الذي ذكره المصنف فلا وجه لرد الثاني وقبول الاول وقال صاحب العناية بعد نقل ما قاله صاحب النهاية وهو حق ولكن لو قدر في كلام المصنف لفظة بان يقال ان يجعل الاجرة دراهم بدلا بل الى ذلك انتهى اقول لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام ان التقدير بدلا بعد ان اخذت كلمة ان يجعل بمفعوليها ركيك من حيث الاعراب والمعنى فعليك بالتامل الصادق مع ملاحظة قوله ثم يدفع الطعام مكانه وذكر بعض الفضلاء توجيهين آخرين للفظ الجامع الصغير حيث قال يجوز ان يكون الطعام منصوبا على نزع الخافض اي للطعام او المراد بالتسمية هو التعيين اي عين الطعام بدراهم وتعديته الى دراهم بنفسه باعتبار

ولا يشترط تاجيله لان اوصافها اثمان فاشترط بيانه، بيانه لا يا عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وقد ذكرناه في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم **قال** وليس للمستاجر ان يمنع زوجها من وطئها لان الوطء حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه الا ترى ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا ان المستاجر يمنعه عن غشيانها في منزله لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت ايضا وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل عليها والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر اما الطعام فعلى والد الولد واما ما ذكره محمد رحمه الله ان الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة اهل الكوفة وان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع فانما لم يجب الاجر لهذا المعنى انه اختلف العمل **قال** ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استاجر حمارا يحمل عليه طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي عليه السلام عنه وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه

معناه الاصلي تامل انتهى كلامه اقول كلا التوجيهين مجروح اما الاول فلانه قد تقرر في علم النحو ان حذف حرف الجر مع غير ان وأن انما يجوز فيما سمع نحو استغفرت الله ذنبا اي من ذنب وبقاء الخبر اي بقي له واما فيما لا يسمع فلا يجوز ولهذا لم يجز حذف من من اياك من الاسد اذ لم يسمع وعن هذا قال ابن الحاجب ولا تقول اياك الاسد لامتناع تقدير من انتهى وفيما نحن فيه ايضا لم يسمع فلا يجوز نزع الخافض اي حذف حرف الجر ولهذا لم يتعرض المصنف وغيره من الثقات لهذا التوجيه مع ظهوره جدا واما الثاني فلانه اذا كان المراد بالتسمية هو التعيين لا يصح تعديتها الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الاصلي والا يلزم الجمع بين معنيي التسمية وهو لا يجوز سواء كان اللفظ حقيقة في كل واحد من المعنيين او حقيقة في احدهما مجازا في الآخر اذ لا يجوز عموم المشترك ولا الجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا على ما عرف في علم الاصول **قوله** ولا يشترط تاجيله لان اوصافها اثمان قال كثير من ثقات الشراح في شرح قوله اوصافها اي اوصاف الطعام على تاويل الحنطة انتهى اقول فيه نظر اذ لا شك ان المراد بالطعام في مسئلتنا هذه ما يعم الحنطة وغيرها فكيف يتم تاويل ذلك بالخاص في مقام الاستدلال على العام والحق عندي ان مرجع الضمير هو الطعام بتاويل كونه اجرة في مسئلتنا هذه فالمعنى ان هذه الاجرة اوصافها او اوصاف اثمان فلا يشترط تاجيلها بخلاف الكسوة كما سنذكره والعجب ان صاحب العناية بعد ان قال في تفسير قول المصنف ولا يشترط تاجيله اي تاجيل الطعام المسمى اجرة سلك في تاويل تانيث ضمير اوصافها مسلك سائر الشراح من التاويل بالحنطة وقد عرفت حاليه **قوله** فان هذا ايجار وليس بارضاع في الصحاح الوجور الدواء يوجر في وسط الفم اي يصب يقول منه وجرت الصبي واوجرته بمعنى انتهى اقول لقائل ان يقول اذا كان هذا ايجارا لا ارضاعا فلا معنى لان يقول في الكتاب في وضع هذه المسئلة وان ارضعته في المدة بلبن شاة بل الظاهر ان يقول وان اوجرته بدل وان ارضعته اللهم الا ان يحمل على المشاكلة بجانب مسئلة استيجار الظئر التي وظيفتها الارضاع تامل فان قيل الظئر اجير خاص او اجير مشترك اجيب بانها اجير خاص على ما دل عليه لفظ المبسوط فانه قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها او وقع فمات او سرق من حلي الصبي او من ثيابه شيء لم تضمن الظئر شيئا لانها بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعها في المدة الا يرى انه ليس لها ان توجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والاجير امين فيما في يده انتهى ويحتمل ان تكون اجيرا خاصا وان تكون اجيرا مشتركا على ما دل عليه لفظ الذخيرة فانه قال فيها فان اجرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع صبيا لهم ولا يعلم بذلك اهلها الاولون حتى يفسخوا هذه الاجارة فارضعت كل واحد منهما وفرغت فقد اثمت وهذه جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين انتهى ووجه الدلالة على احتمالها انها لو كانت اجيرا مشتركا من كل وجه استحقت الاجر وخاصا من كل وجه لم تستحق الاجر كاملا واذا اثمت بما صنعت ولو كانت اجيرا مشتركا من كل وجه استحقت الاجر كاملا ولم تاثم فكانت بينهما فقلنا بانها تستحق الاجر كاملا لشبهها بالاجير المشترك وبانها تاثم لشبهها باجير الوحد هذا زبدة ما ذكره صاحب النهاية ههنا واقتفى اثره صاحب العناية غير انه اعترض على دلالة لفظ المبسوط على كونها اجيرا خاصا حيث قال وفيه نظر لانه قال لانها بمنزلة الاجير الخاص لا عينه انتهى اقول نظره ساقط فان المراد بدلالة لفظ المبسوط عليه دلالة قوله فان العقد ورد على منافعها في المدة وتنويره بقوله الا يرى انه ليس لها ان توجر نفسها من غيرهم بمثل ذلك العمل فان كلا منهما يدل قطعا على انها اجير خاص لان ورود العقد على المنفعة في المدة وعدم جواز ايجار النفس من غير المستاجر من خواص الاجير الخاص واما قوله بمنزلة الاجير الخاص فيجوز ان يراد به بمنزلة الاجير الخاص المعروف الذي لا اشتباه فيه لاحد وهذا لا ينافي ان تكون هي من جنس الاجير الخاص ثم ان بعض الفضلاء قال ولعل الاولى في الجواب ان يقال ان قدم المستاجر ذكر المدة بان يقول استاجرتك سنة لترضع ولدي هذا يكون خاصا وان قدم ذكر العمل تكون مشتركا على قياس ما قيل في استيجار الراعي انتهى اقول ليس ذلك الجواب بتام اذ يرد عليه

وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لا سيما في ديارنا والمعنى فيه ان المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول وحصوله بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعام بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر ملك الاجر في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر

ان يقال لو كانت الظئر اجيرا خاصا على الثبات فيما اذا قدم المستأجر ذكر المدة لما استحقت الاجر كاملا اذا اجرت نفسها من قوم آخرين لترضع ولدهم مع انها تستحقه كاملا على الفريقين ولكن تأثم كما نقلناه عن الذخيرة وذكر في سائر المعتبرات ايضا وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني بعد استحقاقها الاجر كاملا على الفريقين وهذا اشكل اذا قال اب الصغير للظئر استأجرتك لترضعي ولدي هذا سنة بكذا لان الظئر في هذه الصورة اجير مشترك لان الايجاب اوقع العقد اولا على العمل ان اشكل فيما اذا قال لها استأجرتك سنة لترضعي ولدي هذا بكذا لانها اجير وحد في هذه الصورة لانه اوقع العقد على المدة اولا وليس للاجير الوحد ان يؤجر نفسه من آخر واذا آجر لا يستحق تمام الاجر على المستأجر الاول ويأثم والوجه في ذلك ان اجير الوحد في الرضاع يشبه اجير المشترك من حيث انه يمكنه ايفاء العمل لكل واحد منهما تمامه كما في الخياط والقصار ثم لو كانت اجير وحد من كل وجه لم تستحق الاجر كاملا على الاول وتم بالرضعة ولو كانت اجيرا مشتركا من كل وجه استحقت الاجر كاملا ولم تأثم فاذا كانت بينهما قلنا بانها تستحق الاجر كاملا لشبهها بالاجير المشترك وقلنا بانها تأثم لشبهها بالاجير الوحد انتهى فقد ظهر ان بمجرد تقديم المستأجر ذكر المدة لا يتم كون الظئر اجير وحد من كل وجه فلا بد من التفصيل واعتبار الشبهين كما ذكر في الذخيرة والمحيط البرهاني واختاره الشراح في الجواب فتبصر **قوله** وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لا سيما في ديارنا قال صاحب العناية فان قيل اذا كان عرف ديارهم على ذلك فهل يترك به القياس قيل لا لانه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ومثله لا يترك بالعرف انتهى وقال بعض الفضلاء سيجيء من المص في اوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح حيث اطلق القياس على ما في معنى قفيز الطحان وقال يترك بالعرف كالاستصناع فراجعه انتهى اقول ما سيجيء من المص في اوائل كتاب المزارعة ليس بمخالف لما ذكره صاحب العناية فان المصنف يعني يجيء في اول كتاب المزارعة ان المزارعة فاسدة عند ابي حنيفة رحمه الله وجائزة عند صاحبيه وذكر الدليل من الجانبين وقال في الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بهما والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع انتهى ولا يخفى عليك ان اطلاق القياس على ما في معنى قفيز الطحان بل انما يقتضي ان يطلقه على المزارعة وهي في قفيز الطحان من وجه اي من حيث انها استيجار ببعض ما يخرج من عمله كما ذكر في الدليل ابي حنيفة رح على فسادها وفي معنى المضاربة من وجه اي من حيث انها عقد شركة بين المال والعمل كما ذكر في الدليل الامامين على جوازها بخلاف ما نحن فيه فانه في معنى قفيز الطحان من كل وجه لانه استيجار محض ليس فيه شائبة المضاربة فلهذا قيل انه ثابت بدلالة النص دون القياس ولئن سلم مخالفة ما سيجيء من المص هناك لما ذكره صاحب العناية ههنا فلا ضير فيها لان فيما نحن فيه قولين احدهما انه ثابت بدلالة النص فلا يترك بالعرف وهو مختار شمس الائمة السرخسي وثانيهما انه موجب القياس فيترك بالتعامل كالاستصناع وهو مختار شمس الائمة الحلوائي واستاذه القاضي الامام ابي علي النسفي كما فصل في المبسوط وغيره وذكر في النهاية ومعراج الدراية ايضا فما ذكره صاحب العناية ههنا على ما اختاره شمس الائمة السرخسي قطعا وما ذكره المص في المزارعة يجوز ان يكون على ما اختاره شمس الائمة الحلوائي واستاذه فاذا كان مدار المخالفة بين الكلامين على اختلاف القولين في المسئلة فلا بأس بها **قوله** وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر ملك الاجر في الحال بالتعجيل الى آخره قال الامام الزيلعي في شرح الكنز بعد ذكر هذه المسئلة مع دليلها المذكور ههنا قالوا وفيه اشكال لان احدهما ان الاجارة فاسدة والاجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كانت عينا او دينا على ما بيناه من قبل فكيف تملك ههنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل والثاني انه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق الاجر ينافي الملك لانه لا يملكه اذا ملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وبأي سبب يملكه انتهى كلامه اقول من كلا اشكاليه ساقط اما الاول فلانه لا ريب ان وضع المسئلة فيما اذا سلم الى الاجير كل الطعام كما يفصح عنه

لا يستحق

لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه ولا يجاوز بالأجر قفيزا لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل مما سمي ومن أجر المثل لأنه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله لأن المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط قال ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم من الدقيق اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في الإجارات هو جائز لأنه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فترتفع الجهالة وله أن المعقود عليه مجهول لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستأجر في الثاني ونفع الأجير في الأول فيفضي إلى المنازعة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يصح الإجارة إذا قال في اليوم وقد سمى عملا لأنه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق قال ومن استأجر أرضا على أن يكربها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها فهو جائز لأن الزراعة مستحقة بالعقد ولا يتأتى الزراعة إلا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد فإن شرط أن يثنيها أو يكري أنهارها أو يسرقنها فهو فاسد لأنه يبقى أثره بعد انقضاء المدة وأنه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد ولأن مؤاجر الأرض يصير مستأجرا منافع الأجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية أن يردها مكروبة ولا شبهة في فساده وقيل أن يكربها مرتين وهذا في موضع تخرج الأرض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة وإن كانت ثلاث سنين لا تبقى منفعته وليس المراد بكري الأنهار الجداول بل المراد منها الأنهار العظام هو الصحيح لأنه تبقى منفعته في العام القابل قال وإن استأجرها ليزرعها بزراعة أرض أخرى فلا خير فيه وقال الشافعي رحمه الله هو جائز وعلى هذا إجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب له أنها منافع بمنزلة الأعيان حتى جازت الإجارة بأجرة دين ولا تصير دينا بدين

قولهم في تعليلها إلا أن المستأجر ملك الأجر في الحال بالتأجيل أو تعجيل الأجر إنما يكون بتسليمه إلى الأجير في الحال ثم قد صرح بذلك في تحرير نفس المسألة كثير من الثقات منهم صاحب النهاية ومعراج الدراية حيث قالا إن ههنا مسألتين إحداهما فإذا استأجر رجلا ليحمل له كر حنطة إلى بغداد مثلا بنصفه كانت الإجارة فاسدة وللأجير أجر مثله إن كان بلغ إلى بغداد لا يجاوز به قيمة نصف الكر والثانية أن يستأجره ليحمل نصفه إلى المكان المعين بنصفه الباقي ودفع إليه كله ولا أجر له ههنا والتي ذكرها في الكتاب بقوله بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر هي هذه المسألة وهي من مسائل إجارات الجامع الكبير انتهى وأما الثاني فلأن المنافاة بين قولهم ملك الأجر في الحال وبين قولهم لا يستحق الأجر ولا يجب الأجر ممنوعة إذ معنى الأول أنه ملك الأجر ابتداء بموجب العقد وتسليم الأجر إلى الأجير بالتعجيل ومعنى الثاني أنه لا يستحق الأجر لبطلان العقد قبل العمل بعد أن ملك الأجر بالتسليم بسبب أن صار شريكا في الطعام قبل إيفاء شيء من المعقود عليه ولا يذهب عليك أنه لا تنافي بين هذين المعنيين بل الأول منهما يؤدي إلى الثاني ويدل على هذا التوفيق قطعا ما ذكره صاحب النهاية في تعليل هذه المسألة نقلا عن الجامع الكبير لشمس الأئمة السرخسي وصدر الإسلام الحميدي حيث قال وأما في المسألة الثانية وهي ما إذا استأجره ليحمل نصفه إلى بغداد بنصفه الباقي ودفع إليه فإنما سلمه إليه على سبيل التعجيل لنصف الكر من قبل أن الأبدال تملك بمطلق العقد لأن نصف كر محمول إلى بغداد فصار تسليم الكر إليه معجلا للأجرة فملكها بنفس القبض وإذا ملكه بالتسليم بطل العقد قبل العمل لأنه صار شريكا في الكر قبل إيفاء شيء من المعقود عليه وما قبل التسليم في الإجارة بمنزلة ابتداء العقد فلو ابتدأ العقد على العمل في شيء العامل فيه شريك المستأجر بطلت الإجارة فكذلك ههنا وإذا بطلت الإجارة لم يجب الأجر كذا في الجامع الكبير لشمس الأئمة السرخسي وصدر الإسلام الحميدي إلى هنا لفظ النهاية وبهذا ظهر أنه لا حاجة في دفع الإشكال الثاني من ذينك الإشكالين إلى ما تعسف فيه بعض الفضلاء حيث قال لعل مرادهم نفي الملك لأن وجوده يؤدي إلى عدمه وما هو كذلك يبطل فقولهم ملك الأجر في الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير فيكون تقدير الكلام لو وجب الأجر في الصورة المفروضة لملك الأجير الأجرة في الحال بالتعجيل والتالي باطل إذ حينئذ يكون مشتركا بينهما فيفضي إلى عدم وجوب الأجر وكل لازم يؤدي فرض وجوده إلى انتفائه ملزومه يكون باطلا فكذا هذا انتهى كلامه **قوله** لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه قال بعض الفضلاء فيه بحث فإنه في كل جزء عامل لغيره أيضا فلا معنى للحصر وإثبات المطلوب لا يتوقف عليه إلا أن يحمل على المبالغة في التشبيه أي هو كعامل لنفسه انتهى أقول هذا البحث غير متمش أصلا لأنه إنما يلزم الحصر من كلام المصنف لو كان معناه إلا وهو عامل لنفسه فقط وأما إذا كان معناه إلا وهو عامل لنفسه كما هو عامل لغيره أيضا فلا حصر فيه فلا معنى لقوله فلا معنى للحصر إذ لم يتعين الحصر فيه فالوجه في تمشية البحث ههنا توسيع الدائرة بأن يقال إن كان المراد أنه عامل لنفسه فقط فهو ممنوع وإن كان المراد أنه عامل لنفسه ولغيره فعدم استحقاقه الأجر على فعله لنفسه لا ينافي استحقاقه على فعله لغيره فلا يتم التقريب وسيأتي تتمة هذا الكلام فيما بعد إن شاء الله تعالى **قوله** لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح أقول لقائل أن يقول لم لا يكون تقديم ذكر العمل مرجحا لكون العمل معقودا عليه كما كان كذلك في مسألة الراعي على ما صرحوا به في معتبرات الفتاوى بما ذكر خلافه ههنا فتأمل **قوله** لأن مؤجر الأرض يصير مستأجرا منافع الأجير إلى آخره قال بعض الفضلاء هذا دليل آخر على أصل المدعى فالظاهر أن يقال ولأن بالواو انتهى أقول ليس الأمر كما زعمه فإن قوله لأن مؤجر الأرض إلى آخره دليل على قوله وما هذا حاله يوجب الفساد لا على أصل المدعى فالظاهر ترك الواو كما وقع **قوله** وقيل أن يكربها مرتين في موضع تخرج الأرض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة قال الشراح إنما قيد بهذين القيدين أي بالكراب مرة وبكون المدة سنة لأنه إذا اشترط أن يكربها مرتين في موضع لا تخرج الأرض الريع إلا بالكراب مرتين أو كانت تخرجه بالكراب مرة إلا أن مدة الإجارة كانت ثلاث سنين لا يكون هذا الشرط مفسدا للعقد لأنه يكون في الأول من مقتضيات العقد وفي الثاني ليس فيه منفعة لصاحب الأرض فيجوز

ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة والى هذا اشار محمد رح

وعبارة النهاية والثاني ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء اثره بعد المدة وقال بعض الفضلاء وانت خبير بان الثاني ايضا من مقتضيات العقد وقوله ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة ممنوع بل فيه نفع للمستاجر حيث لا يتأتى زراعة الا به انتهى اقول ليس شيء من شطري كلامه بسديد اما شطره الاول فلانه اذا كانت الارض تخرج الريع بالكراب مرة ولكن كانت مدة الاجارة ثلاث سنين كما هو المراد بالثاني فلا شك ان الكراب مرتين في هذه الصورة لا يكون من مقتضيات العقد للقطع بحصول المقصود بالعقد فيها بالكراب مرة واحدة من غير حاجة الى الكراب مرة اخرى وما حصل المقصود بالعقد بدونه كيف يكون من مقتضياته واما شطره الثاني فلانه اذا كانت الارض تخرج الريع بالكراب مرة فمن يقول العاقل لا يتأتى الزراعة هناك الا بالكراب مرتين حتى يتوهم النفع للمستاجر في اشتراط الكراب مرتين في موضع تخريج الارض الريع بالكراب مرة كانت المدة ثلاث سنين ومن قال من الشراح ليس فيه منفعة لصاحب الارض فانما خص صاحب الارض بالذكر بناء على عدم احتمال النفع فيه اصلا للمستاجر لان لا نفعا فيه والا لا يتم التقريب كما لا يخفى **قوله** ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة الى هذا اشار محمد رحمه الله وهو ما حكى ان ابن سماعة كتب من بلخ الى محمد بن الحسن في هذه المسئلة وقال لم لا يجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار فكتب محمد في جوابه انك اطلت الفكرة فاصابتك الحيرة وجالست الجبائي فكانت منك زلة اما علمت ان السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نساء والجبائي اسم محدث كان ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل ويقول لا برهان لكم عليها كذا في شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام والفوائد الظهيرية وذكر في عامة شروح هذا الكتاب ايضا قال صاحب العناية في هذا الطريق من الاستدلال بحث من وجهين الاول ان النساء ما يكون عن شرط اجل في العقد وتاخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثاني عن النساء انما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك وما نحن فيه ليس كذلك فان كلا من البدلين معدوم بل يحدثان شيئا فشيئا واجيب عن الاول بانهما لما اقدما على عقد يتاخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئا فشيئا كان ذلك ابلغ في وجوب التاخير من المشروط فالحق به الا ان احتياطا عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان في النساء شبهة الحرمة فبالالحاق به يكون شبهة الشبهة وهي ليست بحرمة والجواب ان الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالالحاق تثبت الشبهة لا شبهتها وعن الثاني بان الذي لم يصحبه الباء تقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما يصحبه لنعقادها فيه ولزوم وجود احدهما حكما وعدم الآخر وتحقق النساء الى هنا كلامه اقول في الجواب عن الوجه الثاني بحث من وجهين الاول انه اذا اقيم العين مقام المنفعة في احد الطرفين دون الطرف الآخر واعتبر ذلك العين الموجود في الحال معقودا عليه في العقد لا تتحقق المجانسة بين البدلين اذ لا مجانسة بين العين والمنفعة فلا يوجد في العقد ما يحرم النساء فلا يتم المطلوب والثاني ان هذا الجواب ينافي الجواب المذكور عن الوجه الاول لان مقتضى هذا الجواب ان يكون المعقود عليه فيما نحن فيه هو العين القائم مقام المنفعة ومقتضى ذلك الجواب ان يكون المعقود عليه فيه هو نفس المنفعة لانها الذي يتاخر ويحدث شيئا فشيئا فكان بينهما تدافع فان قلت المعقود عليه فيه حقيقة نفس المنفعة وحكما العين القائم مقام المنفعة فمدار الجواب عن الاول على الحقيقة ومدار الجواب عن الثاني على الحكم فلا تنافي بينهما قلت في جعل الحكم الاول مرتبا على الحقيقة والثاني مرتبا على الحكم دون العكس احتيال لفساد العقد ولم يجعل الامر بالعكس تصحيحا للعقد حتى يكون اوفق بقاعدة الشرع وهي وجوب تصحيح تصرف العاقل مهما امكن ثم قال صاحب العناية ويجوز ان يسلك طريقا آخر وهو ان يقال المدعي ان هذه الاجارة فاسدة لان المعقود عليه اما ان يكون موجودا دون الآخر اولا فان كان لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فكذلك ان عدم المعقود عليه انتهى اقول فيه ايضا بحث لانه ان اراد بالمعقود عليه الذي ردده ما هو المعقود عليه حقيقة وهو المنفعة يختار الشق الثاني من ترديده ولا

ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة قال واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له وقال الشافعي له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز فصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب

قوله وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه غير صحيح لان ما هو المعقود عليه حقيقة معدوم في كل عقد اجارة ولهذا كان القياس يابى جوازه الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه فاقمنا الدار مثلا مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول كما مر في صدر كتاب الاجارات فلم يكن عدم ما هو المعقود عليه حقيقة مبطلا لعقد الاجارة قط وان اراد بذلك ما هو المعقود عليه حكما وهو العين القائم مقام المنفعة نختار الشق الاول من الترديد ويكون قوله فان كان لزم النساء وهو باطل غير تام لان النساء انما يبطل عند اتحاد الجنس على تقدير ان يجعل المعقود عليه هو العين القائم مقام المنفعة لا يتحقق المجانسة بين البابين كما عرفت فيما مر آنفا واعترض بعض الفضلاء على قوله فان كان لزم النساء وهو باطل بوجه آخر حيث قال هذا لا يتجه الزاما على الباعث فانه يختار هذا الشق ويمنع استلزامه للفساد مستندا بان مثله موجود في مبادلة السكنى بالزراعة مثلا وهو جائز بالاجماع فليتامل اقول هذا في غاية السقوط اذ ليس في مبادلة السكنى بالزراعة مبادلة الشيء بجنسه الذي يحرم النساء بانفراده انما هو الجنس لا غير فلا مجال لان يقال ان مثل ما قيل فيما نحن فيه من بطلان النساء موجود في مبادلة السكنى بالزراعة وهذا امر ظاهر جدا كيف يخفى على مثله ثم ان الامام الزيلعي استشكل اصل الدليل المذكور حيث قال في التبيين وهذا مشكل على القاعدة فانه لو كان كذلك لما جاز بخلاف الجنس ايضا لان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس لان العقد على المنافع ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما بينا من القاعدة فقبل وجودها لا ينعقد عليها العقد فاذا وجدت فقد استوفيت فلم يبق دينا فكيف يتصور النسيئة فعلم بذلك ان الاحتجاج غير مخلص انتهى كلامه اقول كل من وجهي استشكاله ساقط اما وجهه الاول فلان الدليل المذكور لا يقتضي عدم جواز العقد بخلاف الجنس ايضا قوله لان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس مسلم ولكن ليس في مبادلة المنافع مبادلة الدين بالدين لان المنفعة ليست بدين اذ الدين ما يثبت في الذمة والمنافع لا تثبت في الذمة صرح بذلك في النهاية بل في عامة الشروح واما وجهه الثاني فلان الانعقاد في العقد على المنافع وان حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع الا ان نفس العقد وهو الايجاب والقبول الصادران عن المتعاقدين مع ارتباط احدهما بالآخر موجود بالفعل وهو علة معلولها الانعقاد وتاخر المعلول عن العلل الشرعية جائز على ما عرف فمعنى انعقاد عقد الاجارة ساعة فساعة ان عمل العلة ونفاذها في المحل يحصل ساعة فساعة لا ان نفس العقد يتكرر ساعة فساعة اذ لا شك ان الايجاب والقبول لا يصدران عن المتعاقدين الا مرة واحدة وهذا كله مما تقرر في صدر كتاب الاجارة فقبل وجود المنافع وان لم يحصل الانعقاد الا انه يتحقق نفس العقد فحين ان يتحقق نفس العقد وهو ان صدوره عن المتعاقدين يتحقق النسيئة في المنافع قطعا فيبطل العقد فيما اذا كان البدلان منفعة واتحد جنسهما كما فيما نحن فيه ويبطل قوله فكيف يتصور فيها النسيئة بصر ترشد قوله ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس قال الشارح لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة انتهى اقول للخصم ان يقول لا نسلم انتفاء الحاجة عند اتحاد الجنس اذ لا حصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة ولا يخفى ان كثيرا من الناس قد يحتاج الى سكنى بعض الدور دون بعضها والى سكنى بعضها دون بعض لاختلاف المقاصد باختلاف الاماكن بحسب تعدد البلاد بل بحسب تعدد المحال من بلدة واحدة فكم منهم يحتاج الى السكنى في بلد او في محلة منه لحصول حوائجه ومهماته في ذلك ولا يحتاج الى السكنى في بلد آخر او في محلة اخرى من البلد الاول لعدم حصول تلك الحوائج والمهمات هناك اللهم الا ان يقال هذا القدر من الحاجة لا يكفي في ترك القياس كانه اشير اليه في الكافي وغيره بان يقال والحاجة لا تمس عند اتحاد الجنس وانما تمس عند اختلاف الجنس في الكمال من باب الفضول والاجارة ما شرعت لاستيفاء الفضول انتهى تامل تقف قوله وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام قال صاحب العناية يعني الطعام المشترك وقال بعض الفضلاء عندي لا حاجة في اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركا فانه لو كان للمستاجر خاصة يتوجه الزام الشافعي بان يقع الطعام

لان

مبادلة

ولنا انه استأجر لعمل لا يقدر عليه لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هنالك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع ومن استأجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي شيء يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض تستأجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض وما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما

فعل حسي والمستأجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسي انتهى اقول ما ذكره في بيان انه لا حاجة في اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركا كلام خال عن التحصيل لان لفظ الالزام في قوله يتوجه الالزام للشافعي رح اما ان يكون مضافا الى مفعوله او الى فاعله وعلى الوجهين لا يتم ما ذكره اما على الاول فلان في المسئلة المستشهد بها من قبل الشافعي وهي جواز استيجار الدار المشتركة بين المستأجر وغيره لوضع الطعام مما لا مخالفة فيه بيننا وبين الشافعي رح بل هي مجمع عليها ولهذا ذكرت في دليله بطريق الاستشهاد علينا فكيف يتوجه الزامنا الشافعي بما يقتضي خلاف المقرر عندنا وهل يصير ذلك الزاما علينا ايضا واما على الثاني فلان المعقود عليه في تلك المسئلة منافع الدار دون العمل وتسليم منافع الدار تتحقق بدون وضع الطعام فلا ضير هناك في ان لا يكون النصيب الشائع محلا للفعل الحسي بخلاف ما نحن فيه فان المعقود عليه ههنا العمل الذي هو الفعل الحسي وهو لا يتصور في الشائع فلم يتصور الالزام علينا من الشافعي اصلا ثم اقول الظاهر عندي ايضا انه لا حاجة ههنا الى تقييد الطعام بكونه مشتركا ولهذا لم يقيده بذلك سائر الشراح قط لكن لا لما ذكره ذلك القائل بل لان تمشية استشهاد الشافعي بالمسئلة المذكورة لا تتوقف على تقييد الطعام بذلك بل يحصل بمجرد اشتراك الدار بين المستأجر وغيره كاشتراك الطعام بينهما في المسئلة التي نحن فيها وكذلك الجواب الذي يأتي من قبلنا عن استشهاد الشافعي رح بتلك المسئلة لا يختص بصورة تقييد الطعام بذلك بل يتم ويجري على الاطلاق يشهد بذلك كلية التامل الصادق

قوله ولنا انه استأجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع قال في العناية اذ الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين فان قيل اذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الاجر اجيب بان حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه انتهى اقول في الجواب نظر وهو ان عدم كون حمل الكل معقودا عليه لا يجدي شيئا في دفع السؤال لان حاصل السؤال ان حمل الكل واقع على معين قطعا فكان موجودا وحمل الكل لا يتصور بدون حمل كل جزء منه فقد يستلزم وجود حمل الكل وجود حمل كل جزء منه لا محالة ومن جملة الاجزاء نصيب المستأجر فلا بد ان يجب الاجر لحمل الكل ذلك الجزء الذي هو المعقود عليه ولا شك ان عدم كون الكل معقودا عليه لا يفيد شيئا في دفع ذلك وانما يكون مفيدا لو كان المقصود من السؤال وجوب الاجر لحمل الكل وليس فليس

قوله ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم قال صاحب العناية ولقائل ان يقول لا يخلو من انه عامل لنفسه فقط او عامل لنفسه ولغيره والاول ممنوع فانه شريك والثاني حق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب انه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه اصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس باصل بل بناء على امر مخالف للقياس وهي الحاجة وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر فاعتبر فيه كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر انتهى كلامه اقول في الجواب شيء وهو ان قوله وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر ليس بتام مع ان جعله عاملا بحاجة المستأجر ومن حاجة الاجير فان له حاجة الى الاجر ان كان للمستأجر حاجة الى المنفعة وعلى تقدير جعله عاملا لنفسه فقط لا تندفع حاجته بل انما تندفع حاجة المستأجر فقط والظاهر ان عقد الاجارة لم يشرع لحاجة المستأجر فقط بل انما شرع لحاجة كل واحد من المتعاقدين فلم يجب الاجر للعامل فيما نحن فيه اجر لم يندفع الحاجة التي شرع عقد الاجارة لها فلم يتم الجواب نعم يتبين بعض التفصيل قوله وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر بوجه آخر حيث قال كيف يحصل مقصود الاجير اذ علم انه لا يعطى له الاجر لا يحمل نصيب المستأجر بل يقاسم ويحمل نصيب نفسه انتهى اقول ليس هذا بشيء اذ لا يذهب عليك ان وضع مسئلتنا فيما اذا حمل الكل ولا شك في حصول مقصود المستأجر فيه واحتمال ان لا يحصل مقصوده في صورة عدم حمل الكل لا يقدح في الكلام المبني على وضع المسئلة كما لا يخفى **قوله** وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع هذا جواب عن قياس الخصم على استيجار العبد المشترك لكن فيه خفاء لان عقد الاجارة تمليك المنافع بعوض على ما مر في صدر الكتاب ونصيب صاحبه انما هو في عين العبد لا في منافعه لان المنافع مما لا تقبل الشركة على ما علم فكيف يكون المعقود عليه في استيجار العبد المشترك هو ملك نصيب صاحبه وانما يتصور ان يكون المعقود عليه ذلك في البيع الذي هو تمليك العين بعوض

فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة ومن استأجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في بعض الطريق فلا ضمان عليه لان العين المستأجرة امانة في يد المستأجر وان كانت الاجارة فاسدة فان بلغ الى بغداد فله الاجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسألة الاولى وان اختصما قبل ان يحمل عليه وفي المسألة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد اذ الفساد قائم بعد

وعن هذا ارتكب الشراح التقدير بشئ في حل هذا المحل فقال صاحب النهاية لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه اي منفعة ملك نصيب صاحبه فلما كان ذلك منفعة لا فعلا كالحمل صح ايقاعه في الشائع كما قلنا في الدار المشتركة لان العقد يرد على المنفعة انتهى اقول فيه نظر لان قياس الخصم انما هو على استيجار العبد المشترك ليخيط له الثياب كما صرح به في الكتاب لا للانتفاع به مطلقا فيكون العبد المشترك في تلك الصورة اجيرا مشتركا ويكون المعقود عليه هو عمل الخياطة لا المنفعة مطلقا وانما يكون المعقود عليه هو المنفعة مطلقا لو كان العبد بيد واحد وذاك ليس بمقيس عليه ولا شك ان عمل الخياطة فعل حسي كالحمل فينبغي ان لا يصح ايقاعه في الشائع كالحمل فلم يتم الفرق وقال صاحب العناية وقوله بخلاف العبد جواب عن قياس الخصم على استيجار العبد المشترك ووجهه ان المستاجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع كما في البيع بخلاف الحمل لانه فعل حسي انتهى اقول فيه ايضا نظر لانه ان كان مدار فرقه على ان المعقود عليه في العبد المشترك هو المنفعة وفيما نحن فيه هو الفعل الحسي كما يومي اليه اقحام المنفعة في قوله يملك منفعة نصيب صاحبه يتجه عليه ما اوردناه على تقرير صاحب النهاية من ان قياس الخصم على استيجار العبد المشترك على فعل حسي هو عمل الخياطة لا على استيجاره على المنفعة فلا يتم الفرق وان كان مدار فرقه على تحقق ملك المنفعة في استيجار العبد المشترك وكون الملك مما يمكن ايقاعه في الشائع كما يشعر به قوله يملك منفعة نصيب صاحبه بتقديم الملك على المنفعة على عكس ما في النهاية وقوله والملك امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع كما في البيع يرد عليه ان ملك المنفعة يتحقق فيما نحن فيه ايضا لان عقد الاجارة تمليك المنافع بعوض ففي كل فرد من افراد الاجارة يملك المستاجر تلك المنفعة التي وقع عليها العقد فينبغي ان يجوز ما نحن فيه ايضا باعتبار ايقاع تلك المنفعة في المشاع لا يقال لم يتحقق تلك المنفعة فيما نحن فيه لبطلان الاجارة فيه بخلاف المقيس عليه لانا نقول بطلان الاجارة فيما نحن فيه اول المسألة وقد خالف فيها الشافعي واستدل على جواز الاجارة فيه ايضا بوجوه منها قياسه على استيجار العبد المشترك للخياطة فبناء الفرق بينهما على بطلان الاجارة فيما نحن فيه مصادرة على المطلوب وقال صاحب غاية البيان قوله وبخلاف العبد جواب عما قاس عليه فيما اذا استاجر عبدا مشتركا ليخيط له الثياب يعني ان المستاجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك امر حكمي فيمكن اثباته حكما وان لم يكن حسا بخلاف المتنازع فيه لانه امر حسي لا يتصور في الشائع لعدم الامتياز حسا انتهى اقول مضمونه موافق لما في العناية ففيه ما فيه فتأمل في التوجيه **قوله** فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى قال صاحب غاية البيان في شرح هذا المقام فان زرعها بعد ما فسد العقد للجهالة تعين ذلك الزرع معقودا عليه وينقلب العقد الى الجواز ويجب الاجر المسمى اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد انتهى كلامه اقول لا معنى لقوله اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد فان ما ذكر من انقلاب العقد الى الجواز ووجوب الاجر المسمى انما يتصور اذا كان زرعها قبل نقض القاضي العقد واما اذا لم يكن ذلك قبل نقضه العقد بل كان بعد ذلك فلا مجال للانقلاب الى الجواز لان المنتقض لا يعود الا بالتجديد لا محالة والصواب ان يقال اذا كان ذلك قبل نقض القاضي العقد وان يقال اذا لم يكن ذلك بعد نقض القاضي العقد ولعل لفظة قبل في قوله قبل نقض القاضي وقعت سهوا من الناسخ الاول بدل لفظة بعد ويدل عليه قوله فيما بعد وان زرعها بعد نقض القاضي لا يعود جائزا **قوله** وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا قال صاحب العناية في حل قوله قبل تمام العقد بنقض الحاكم وتبعه الشارح العيني اقول لا يخفى على الفطن ان جعل العقد ما ينقض الحاكم مما لا يقبله الفطرة السليمة فان العقد ينفسخ من الاصل بنقض الحاكم اياه فكيف يتصور ان يتم به وتمام الشيء من آثار بقائه وانقضائه الحق ان المراد بقوله قبل تمام العقد قبل تمام مدة العقد على ما هو الشائع من حذف المضاف يدل عليه قوله في وضع المسألة فان زرعها ومضى الاجل يرشد اليه قول صاحب الكافي في التعليل ولنا ان المعقود عليه صار معلوما قبل مضي الاجل فيرتفع الفساد انتهى وكذا في النهاية ومعراج الدراية

باب ضمان الاجير

قال الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار لان المعقود عليه اذا كان هو العمل او اثره كان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى اجيرا مشتركا

فان قيل وان انتفت الجهالة بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ما هو الموجب للفساد وهو احتمال ان يزرع ما يضر بالارض لجواز ان يكون ما زرعه مضرا بالارض فتقع بينهما المنازعة بسبب ذلك لان الموجب للفساد في ابتداء العقد كان احتمال ذلك وقد تحقق ذلك فكيف ينقلب الى الجواز بتحقق شئ احتماله مفسد للعقد ولان المعقود عليه اذا كان مجهولا لا يتعين الا بتعيينهما صونا عن الاضرار باحدهما ولا ينفرد احدهما بالتعيين لما ان العقد قائم بهما فكذا تعيين المعقود عليه ينبغي ان يقوم بهما ثم الاستعمال تعيين من احدهما فلا يصح ذلك وهذا الاشكال هو الذي قال صاحب الفوائد بقوله ولي في هذا التعليل اشكال هائل ثم قال قلنا لا اصل

الاستشكال

اجارة العقد عند انتفاء المانع لان عقود الانسان تصحيح بقدر الامكان والمانع الذي افسد العقد باعتبار توقع المنازعة بينهما في تعيين المعقود عليه عند استيفاء احد النوعين من المنافع بدون هذا التوقع فيجوز هذا العقد انتهى ما في النهاية ومعراج الدراية اقول في الجواب بحث لان توقع المنازعة بينهما انما يزول عند استيفاء احد النوعين من المنافع اذا لم ينفرد احدهما باستيفاء ذلك واما اذا انفرد احدهما به فلا يزول ذلك اصلا وهذا محال استرة به فالكلام الفصيل انه ان اعتبر في وضع هذه المسئلة علم رب الارض باستعمال المستاجر في الارض ورضاه بما عمل فيها فلا يتجه الاشكال المذكور راسا وان لم يعتبر فيه ذلك بل انقلب العقد جائزا بمجرد استعمال المستاجر فيها ومضى الاجل سواء علم رب الارض بذلك ورضي به اولا فالاشكال المذكور وارد جدا غير مندفع بالجواب المذكور قطعا

نهاية

باب ضمان الاجير لما فرغ من ذكر انواع الاجارة صحيحها وفاسدها شرع في بيان الضمان لانه من جملة العوارض التي تترتب على عقد الاجارة فيحتاج الى بيانه كذا في غاية البيان ويقرب منه ما ذكر في معراج الدراية فقال لما ذكر انواع الاجارة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ضمان الاجير انتهى وكل من هذين التقريرين جيد واما صاحب العناية فقال لما ذكر ابواب عقود الاجارات صحيحها وفاسدها ساقت النوبة الى ذكر احكام بعد عقد الاجارة وهي الضمان فذكرها في هذا الباب انتهى ويقرب منه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال لما فرغ من بيان انواع الاجارة شرع في بيان احكام بعد الاجارة وهي الضمان انتهى ولا يخفى على ذي فطنة ما في تقريرهما من الركاكة حيث فسر الجمع بالمفرد بقولهما وهي الضمان فان ضميرهي راجع الى الاحكام ولا ريب ان الضمان حكم واحد لا احكام ولما ذاق بعض الفضلاء هذه البشاعة توجه الى توجيه ذلك فقال اطلاق الاحكام على الضمان اما باعتبار كثرة افراده او المراد وهي الضمان وجودا وعدما انتهى اقول توجيهه الثاني ليس بوجيه لان الضمان وجودا وعدما ايضا لا يصلح تفسيرا للاحكام فان اقل الجمع ثلثة على القول الصحيح والضمان باعتبار وجوده وعدمه انما يصير اثنين لا غير ثم ان صاحب معراج الدراية قال والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب اجر واسم الفاعل منه موجر لا مواجر انتهى

النهاية

اقول فيه اشكال لان قوله واسم الفاعل منه موجر لا مواجر يرى مناقضا لقوله والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر اذ على تقدير ان يكون اسم الفاعل منه موجرا لا مواجرا يلزم ان يكون الاجير فعيلا بمعنى مفعل لا بمعنى مفاعل فتامل وقد رد عليه الشارح العيني بوجه آخر حيث قال قلت هذا غلط لان فعيلا بمعنى فاعل لا يكون الا من الثلاثي وكيف يقول بمعنى مفاعل من باب آجر يعني به من المزيد بدليل قوله واسم الفاعل منه موجر انتهى كلامه اقول بل الغلط انما هو في كلام نفسه فان الفعيل بمعنى الفاعل كما يكون من الثلاثي يكون من المزيد ايضا وعن هذا قال المحقق الرضي في شرح الكافية وقد جاء فعيل مبالغة مفعل كقوله تعالى عذاب اليم على راي وقال واما الفعيل بمعنى الفاعل كالجليس والحسيب فليس للمبالغة فلا يعمل اتفاقا انتهى وقال الامام المطرزي في المغرب واما الاجير فهو مثل الجليس والنديم في انه فعيل بمعنى مفاعل انتهى وهذا كله صريح في خلاف ما زعمه فكانه لم يذق شيئا من العربية قوله فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار قال صاحب العناية والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دوري انتهى يعني ان السؤال عن وجه التقديم يتوجه على تقدير العكس ايضا اي على تقدير تقديم الخاص على المشترك فلا يرجح سوى الاختيار

قال والمتاع امانة في يده فان هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح ويضمنه عندهما الا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة رح ان العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا يضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله الاجر بخلاف المودع بالاجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر

وقال بعض الفضلاء يعني لو قدم الخاص لتوجه السوال عن سبب تقديمه على المشترك ايضا لان التقديم كل منهما على الآخر وجها اما المشترك فلانه بمنزلة العام بالنسبة الى الخاص مع كثرة مباحثه واما الخاص فلانه بمنزلة المفرد من المركب لكن تقديم المشترك ههنا لان الباب باب ضمان الاجير وذلك في المشترك فتامل فان ما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه الى ههنا كلامه اقول ما ذكره بقوله لكن تقديم المشترك ههنا الى آخره ليس بتام اما اولا فلان معنى باب ضمان الاجير اثباتا ونفيا كما اشار اليه نفسه ايضا فيما قيل بقوله او المراد وجه الضمان وجودا وعدما والا اي وان لم يكن معناه ذلك بل كان معناه باب اثبات الضمان لزم ان لا يصح عنوان الباب على قول ابي حنيفة رح اصلا اذ لا ضمان عنده على احد من الاجير المشترك والاجير الخاص وان لا يصح ذلك عندهما ايضا الا في بعض صور من مسائل الاجير المشترك وحده كما ستحيط به خبرا وهذا مما لا ينبغي ان يرتكب فاذا كان معنى عنوان الباب ما يعم اثبات الضمان ونفيه كان نسبته الى المشترك والخاص على السواء ثم فلا يتم قوله وذلك في المشترك واما ثانيا فلان الطرفين اذا كانا متساويين لم يحتج هناك الى وجه يرجح اختيار احد الطرفين بل لم يتصور هناك ذلك وانما يكون هناك مرجح احد الطرفين هنالك نفس الاختيار لا غير كما اشرنا اليه في تقرير مراد صاحب الغاية وقد تقرر في العلوم العقلية ان ترجيح احد المتساويين بالاختيار جائز وان المحال ترجح احدهما من غير مرجح فظهر ان قوله فان ما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك مما لا يضر بتمام ما ذكره وقوله وكان لا بد منه مما لا صحة له نعم يمكن منع تساوي الطرفين فيما نحن فيه لكنه امر آخر مغاير لما قاله فتدبر وقال صاحب العناية فان قلت هذا يعني تعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل تعريف يؤول عاقبته الى الدور لان هذا الحكم لا يعرفه الا من يعرف الاجير المشترك ثم لو كان عارفا بالاجير المشترك لا يحتاج الى هذا التعريف ولو لم يكن عارفا به قبل هذا لا يحصل له تعريف الاجير المشترك لانه يحتاج الى السوال عمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل من هو فلا بد للمعرف ان يقول هو الاجير المشترك وهو عين الدور قلت نعم كذلك الا ان هذا تعريف للخفي بما هو اشهر منه في فهوم المتعلمين وهو تعريف لما لم يذكر فيما قد سبق ذكره لانه ذكر قبل هذا استحقاق الاجير بالعمل بقوله او باستيفاء المعقود عليه في باب الاجير متى يستحق وصار كانه قال وما عرفته ان الاجير الذي يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهذا الاجير المشترك الى ههنا كلامه اقول في الجواب خلل اما اولا فلان قوله في اول الجواب نعم كذلك اعتراف بلزوم الدور وما يلزم الدور يتعين فساده ولا يمكن اصلاحه فما معنى قوله بعد ذلك الا ان هذا تعريف للخفي الى آخره واما ثانيا فلان كون الاجير المشترك خفيا وما ذكر في التعريف اشهر منه ممنوع كيف ولو كان كذلك لما صح الجواب اذ السوال عمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل من جهل الاجير المشترك واما ثالثا فلان المذكور في باب الاجير متى يستحق بقوله او باستيفاء المعقود عليه غير مختص بالاجير المشترك بل هو حكم مشترك بين الاجير المشترك والاجير الخاص فانهم صرحوا هناك بسبب استحقاق الاجير مطلقا للاجرة في معان ثلثة هي شرط التعجيل والتعجيل من غير شرط واستيفاء المعقود عليه ولو كان هذا المعنى الثالث مختصا بالاجير المشترك لزم ان لا يستحق الاجير الخاص الاجرة اصلا فيما اذا لم يشترط التعجيل ولم يعجل وهو ظاهر البطلان واذا كان المذكور فيما سبق بقوله او باستيفاء المعقود عليه حكما عاما للاجير الخاص ايضا فكيف يصح ان يقال في توجيه معنى تعريف الاجير المشترك ههنا بما ذكر فصار كانه قال وما عرفته ان الاجير الذي لا يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك ثم ان صاحب العناية ذكر خلاصة السوال والجواب المذكورين في النهاية بعبارة اخرى حيث قال قيل وتعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل ايضا تعريف دوري لانه لا يعلم من يستحقها قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فيكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور واجيب بانه قد علم مما سبق في باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجير يستحق الاجرة بالعمل فلم يتوقف معرفة المعرف على معرفة المعرف انتهى اقول اصلح الجواب في الجملة كما ترى ولكن فيه ايضا خلل لانه ان اراد بما علم مما سبق في ذلك الباب

النهاية

قال وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مده مضمون عليه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كاجير الوحد ومعين القصار

ما ذكر ههنا كقوله او استيفاء المعقود عليه كما صرح به في النهاية يرد عليه ما ذكرناه فيما مر آنفا من ان ذلك حكم عام للاجير الخاص ايضا فكيف يتم تعريف الاجير المشترك بذلك وان اراد به ما ذكر ههنا كقوله وليس للقصار والخياط ان يطالب باجرة حتى يفرغ من العمل كما يشعر به قوله في تقرير هذا الجواب قد علم مما سبق ان بعض الاجير المستحق الاجرة بالعمل حيث زاد وقيد البعض يتجه عليه ان المعلوم من ذلك حكم مادة مخصوصة فكيف يحصل بذلك معرفة مطلق من لا يستحق الاجرة حتى يعمل حتى يصلح تعريفا لمطلق الاجير المشترك فتامل وقال بعض الفضلاء وانت خبير بان قول المصنف لان المعقود عليه انما هو العمل او اثره متكفل لدفع هذا السوال فانه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل بمن استوجر على العمل او اثره فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة انتهى كلامه اقول ليس هذا بشيء لان تعريف الاجير المشترك بمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل مما اختاره القدوري وذكره في مختصره ولم يذكر معه شيئا آخر يحصل به معرفة من لا يستحقها حتى يعمل والمصنف ايضا ذكره وحده في البداية وانما زاد عليه التعليل المذكور في الهداية والسوال المذكور انما يتجه على من اكتفى بالتعريف المذكور من غير ان يذكر معه ما يفيد معرفته وزيادة المصنف شيئا يفيد معرفته كيف يصلح كلام من لم يزده ومات قبل ولادة المصنف بسنين كثيرة فاذا لم يذكر معه شيء يحصل به معرفته فاما ان يحتاج بحرفته الى معرفة الاجير المشترك الذي هو المعرف فيلزم الدور او لا يحتاج اليها بل حصلت بما هو معلوم ومعهود فيما سبق فلا بد في الجواب من الحوالة عليه فلم يتم قوله فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة نعم تمام الحوالة غير مسلم عندنا كما قررنا فيما قبل ولكنه كلام آخر ثم قال ذلك البعض من الفضلاء الظاهر قوله فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل منقوض بالاجير المشترك اذا عجل له الاجر او شرط التعجيل فيحتاج الى نوع عناية كان يقال لا يستحق الاجر بالنظر الى كونه اجيرا مع قطع النظر عن الامور الخارجية انتهى اقول انما يتوهم الانتقاض بذلك ويحتاج الى نوع عناية في دفعه لو كان معنى قوله المذكور المشترك من لا يستحق الاجرة قبل ان يعمل واما اذا كان معناه المشترك من لا يستحقها بدون العمل اصلا كما يستحقها الاجير الخاص بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل اصلا على ما سيجيء فلا انتقاض بذلك اصلا لان الاجير المشترك اذا لم يقع منه العمل اصلا لا يستحق الاجرة حتى لو كان اخذها بطريق التعجيل يلزمه ردها على المستاجر وكان الامام الزيلعي تدارك هذا المعنى حيث قال في شرح قول صاحب الكنز ولا يستحق الاجر حتى يعمل يعني الاجير المشترك لا يستحق الاجرة الا اذا عمل انتهى فتبصر ثم ان صاحب العناية قال وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز ان يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح لكن قوله لان المعقود عليه ينافي ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وقال وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر والحق ان يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله لان المعقود عليه اذا كان هو العمل كان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد بيان لمناسبة التسمية وكانه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل سمي بالاجير المشترك لان المعقود عليه الى آخره ويؤيده قوله فمن هذا الوجه يسمى مشتركا الى ههنا كلامه وقال بعض الفضلاء وعندي انه قوله لان المعقود عليه الى آخره تعليل للحكم الضمني المستفاد من التعريف وهو ان الاجير لا يستحق الاجرة قبل العمل لان قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولو استحق من استوجر على العمل قبله يبطل المساواة هذا هو مراد المصنف الا ان المصنف فرع على ذلك التعليل قوله فكان له ان يعمل للعامة لبيان المناسبة فليتامل الى هنا كلامه اقول مدار استخراج ذلك البعض ورايه في هذا المقام على ان تكون عبارة المصنف ههنا لان المعقود عليه انما هو العمل او اثره وكان له ان يعمل للعامة وليست كذلك بل عبارته ههنا لان المعقود عليه اذا كان هو العمل او اثره كان له ان يعمل للعامة ولا شك ان قوله كان له ان يعمل للعامة ليس بكلام مستقل بل هو جزاء للشرط المذكور فيما قبله ومجموع الشرط والجزاء في التعليل غير متحمل لغير بيان مناسبة التسمية فالحق ما قاله صاحب العناية على انه لو كانت عبارة المصنف ما زعمه ذلك القائل فكان تعليله ان المعقود عليه انما هو العمل او اثره تعليلا لما ذهب اليه ذلك القائل على ما قرره لا يصح

وليس ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد
ماذونا فيه بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده قال الاجير الواحد على ما نذكره ان شاء الله
وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه **قال** ولا يضمن به بنى آدم ممن غرق فى السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه

تفريع الصور قوله فكان له ان يعمل للعامة على ذلك التعليل اذ لا يتم ذلك التعليل على ما قرره وذلك القائل ان تكون قضيته عقد المعاوضة المساواة كما تقدم بيانه ولا ريب ان هذه القضية كما تحقق فيما اذا كان الاجير مشتركا تحقق فيما اذا كان الاجير خاصا ايضا فلو صح تفريع قوله فكان له ان يعمل للعامة على ذلك التعليل لزم جواز ان يعمل الاجير الخاص ايضا للعامة وليس كذلك قطعا **قوله** قلنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ماذونا فيه اقول فى تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل المصلح بما ذكره المصنف قصور لان كون العمل وسيلة الى الاثر انما يتصور فى صورة تخريق الثوب من دقه من صور مسئلتنا هذه دون الصور الثلث الباقية منها اذ قد تقرر فى اواخر باب الاجر متى يستحق ان كل صانع لعمله اثر فى العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفى الاجر لان المعقود عليه وصف قائم فى الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما فى المبيع وكل صانع ليس لعمله اثر فى العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم فى العين فلا يتصور حبسه انتهى فقد تلخص منه ان العمل على نوعين نوع له اثر فى العين كعمل الصباغ والقصار ونوع ليس له اثر فى العين كعمل الحمال والملاح وان المعقود عليه فى النوع الاول هو الاثر وهو الوصف القائم فى الثوب والمعقود عليه فى النوع الثانى نفس العمل لا غير ولا شك ان ما عدا الصور الثلاث فيما نحن فيه من مسائل الحمال والملاح واذا لم يكن لعمل الصانع فيها اثر فى العين فكيف يتصور ان يكون عمله وسيلة الى الاثر وكيف يصح ان يقال فيها الاثر هو المعقود عليه حقيقة وقد صرح فيما مر بان المعقود عليه هناك نفس العمل وكذا قوله حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر ليس بمستقيم على الاطلاق اذ قد مر ايضا فى الباب المزبور انه اذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة فى محل بعينه انتهى نعم اذا اطلق العمل فله ان يستاجر من يعمله كما مر هناك ايضا فكان الدليل خاصا والمدعى عام والاولى فى التعليل ههنا ما ذكره صاحب الكافى حيث قال لان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لان الاذن انما ثبت ضمنا للعقد والعقد انعقد على التسليم لان مطلق عقد المعاوضة يقتضى سلامة المعقود عليه عن العيوب كما مر فى البيوع فاذا ثبت ان المعقود عليه العمل المسلم ثبت ان المفسد غير معقود عليه فلا يكون ماذونا فيه كما لو وصف نوعا من الدق فجاء بنوع آخر انتهى **قوله** بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده قال صاحب العناية وللملتزم ان يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له انتهى وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك فقال الحكم مدار على دليله وان كانت الحكمة اخص كما سبق نظيره فى الايمان فقوله لانه يمتنع عن التبرع بيان للحكمة عدم التضمين انتهى اقول هذا لا يجدى شيئا لان صاحب العناية لم يمنع لزوم الامتناع عن التبرع فى صورة حصول المضرة لغير من تبرع له بل اراد منع بطلان ذلك اللازم بناء على التزام جواز ذلك دفعا للضرر عن غير المتبرع له فلا فائدة ههنا لحديث جواز كون الحكمة اخص على ان لصاحب العناية ان يقول لا نسلم قوله لانه يمتنع عن التبرع بيانا للحكمة عدم التضمين ايضا فانه اذا جاز التزام امتناعه عن ذلك بناء على دفع الضرر عن الغير لم يظهر حكمة عدم التضمين بل كان الظاهر حينئذ هو التضمين كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية ولو علل بان التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهى لا تقتضى السلامة كان اسلم انتهى اقول ولقائل ان يقول ههنا ايضا كون التبرع بالعمل بمنزلة الهبة بالنظر الى من تبرع له لا يقتضى جواز ذلك اذا تضمن مضرة الغير من تبرع له الا يرى انه اذا اخذ احد ملك الآخر وتبرع به لغيره بطريق الهبة فلا شك انه يلزمه الضمان فلم لا يلزمه الضمان اذا عمل فى ملك المستاجر بغير اذنه وتبرع بالعمل للاجير فتلف بعمله ملك المستاجر فليتامل **قوله** وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه هذا جواب عما عسى ان يقال انقطاع الحبل ليس من صنيع الاجير فما وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله فاجاب بانه من قلة اهتمامه فكان من صنيعه كذا فى العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول يشكل على هذا ما مر من ان الاجير المشترك لا يضمن ما هلك فى يده عند ابى حنيفة رحمه الله وان كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة فانه

[illegible] قال وإذا استأجر [illegible]

[illegible]

[illegible] قال وإذا [illegible]

[illegible] عليه [illegible]

[illegible] بالصلح [illegible]

[illegible] منافعه [illegible]

[illegible] أموال الناس [illegible]

[illegible] فعل بنفسه [illegible] والله أعلم

باب الإجارة على أحد الشرطين

وإذا قال للخياط إن خطت هذا الثوب فارسياً فبدرهم وإن خطته رومياً فبدرهمين جاز وأي عمل من هذين العملين عمل استحق الأجر به وكذا إذا قال للصباغ إن صبغته بعصفر فبدرهم وإن صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا إذا خيره بين شيئين بأن قال أجرتك هذه الدار شهراً بخمسة أو هذه الدار الأخرى بعشرة وكذا إذا خيره بين مسافتين مختلفتين بأن قال أجرتك هذه الدابة إلى الكوفة بكذا أو إلى واسط بكذا وكذا إذا خيره بين ثلاثة أشياء وإن خيره بين أربعة لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير

يجوز أن يقال ههنا كذلك إن الهلاك من قلة اهتمامه حيث لم يحترز عما يمكن الاحتراز عنه فكان من صنيعه فينبغي أن يضمن بالاتفاق ثم أقول يمكن الفرق بأن التقصير هناك في الحفظ وهو مستحق عليه بمقابلة المعقود عليه كما مر فكان معتبراً وأما ههنا فالتقصير في نفس العمل الذي هو مستحق عليه مقصوداً فلا اعتبار له فتأمل **قوله** لأن الواجب ضمان الآدمي وأنه لا يجب بالعقد وإنما يجب بالجناية قال في الكفاية لا يقال إن ضمان بني آدم يجب بالتسبيب وقد وجد لأن المسبب إنما يضمن إذا تعدى وكلامنا فيما إذا لم يوجد التعدي انتهى أقول فيه بحث وهو أنه كيف يكون كلامنا فيما إذا لم يوجد التعدي وقد وجب على الأجير المشترك في مسألتنا هذه ضمان المتاع الهالك بعمله عند أئمتنا الثلاثة ولولا التعدي لما ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله فإن الأصل عنده أن المتاع أمانة في يد الأجير إن هلك لم يضمن شيئاً كما مر ووجه التعدي فيما نحن فيه على ما فهم من الدليل المذكور من قبل أئمتنا هو مخالفة الأجير لإذن المستأجر حيث أتى بالعمل المفسد مع أن الداخل تحت إذنه إنما هو العمل المصلح وسيجيء من المصنف التصريح بوقوع التعدي في المسألة الآتية وهي نظير ما نحن فيه في الأحكام **قوله** وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان لأنه ذكر في مسألة القدوري عدم التجاوز عن الموضع المعتاد حتى أنه إذا تجاوز يجب الضمان وذكر في مسألة الجامع الصغير الأجرة وحجامة العبد بأمر المولى حتى أنه إذا لم يكن بأمره يجب الضمان فيجعل المذكور في أحدهما مذكوراً في الآخر كذا في النهاية ومعراج الدراية وأحسن من ذلك في البيان عبارة الكفاية فإنه قال فيها لأن رواية المختصر ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الإذن ورواية الجامع الصغير ناطقة بالإذن ساكتة عن التجاوز فصار ما نطق به رواية المختصر بياناً لما سكت عنه رواية الجامع الصغير وما نطق به رواية الجامع الصغير بياناً لما سكت عنه رواية المختصر فيستفاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والإذن لعدم وجوب الضمان حتى إذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان انتهى وأما صاحب العناية فقال وكل منهما يشتمل على نوع من البيان أما في القدوري فإنه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد ويفيد أنه إن تجاوز ضمن وأما في الجامع الصغير فلأنه بين الأجرة وكون الحجامة بأمر المولى والهلاك ويفيد أنها إذا لم تكن بأمره ضمن انتهى كلامه أقول في بيانه خلل فإنه جعل الهلاك أيضاً من البيان الذي في عبارة الجامع الصغير وليس بسديد إذ لا شك أن مراد المصنف بقوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان أن في كل واحد منهما نوعاً من البيان مخصوصاً به والهلاك مذكور في كل واحد منهما غير مخصوص بأحدهما فإنه قال في مختصر القدوري فيما عطب من ذلك وقال في الجامع الصغير فنفقت وفي كل واحد منهما معنى الهلاك بل ما في مختصر القدوري أصرح في ذلك مما في الجامع الصغير فإن أهل اللغة فسروا العطب بالهلاك ونفق بمات **قوله** والأجير الخاص الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل قال صاحب العناية وقد ذكرنا ما يرد على الأجير المشترك والجواب عنه فعليك بمثله ههنا انتهى أقول لا يذهب على الفطن أن مثل الجواب المذكور هناك عن الإيراد على تعريف الأجير المشترك بأنه تعريف دوري لا يتمشى ههنا فليس ذلك بأدنى توجه فتدبر وكان صاحب النهاية تدارك هذا حيث قال وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة انتهى ولم يتعرض للجواب لكن في تحريره أيضاً كلام لأن المذكور فيما تقدم تعريف الأجير المشترك لا تعريف الأجير الخاص وما ورد فيه فما معنى قوله وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة اللهم إلا أن يصار إلى حذف المضاف فيكون التقدير وقد ذكرنا مسألة وما ورد فيه من الشبهة **قوله** لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس فإنه يتقبل أعمالاً كثيرة رغبة في كثرة الأجرة وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فيضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا يأخذ إلا ما يقدر على حفظه كذا في العناية أخذاً من الكافي قال بعض الفضلاء فيه بحث فإن حكمهما بالضمان إنما نشأ من الدليلين المذكورين في الكتاب وما ذكر ههنا يدل على أن ذلك لئلا يقصر الأجير في الحفظ انتهى أقول هذا البحث ساقط جداً إذ الظاهر أن ما ذكر ههنا حكمة حكمهما بضمان الأجير المشترك وما ذكر فيما مر في الكتاب من الوجهين إنما هو دليل حكمهما بذلك فلا تنافي بينهما أصلاً على أنه لو كان ما ذكر ههنا أيضاً دليلاً لا حكمة لم يلزم محذور قط إذ لا تنافي بين ما ذكر ههنا وما ذكر فيما مر ولا تعارض فلا مانع عن كون هذا وذاك معاً دليلاً على الحكم

باب الإجارة على أحد الشرطين لما فرغ من ذكر الإجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الإجارة على أحد الشرطين لأن الواحد قبل الاثنين

ثم انه لابد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجه لا يرتفع المنازعة الا باثبات الخيار ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله عند ابي حنيفة رح لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال ابو يوسف ومحمد رح الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولان التعجيل والتأخير مقصودان فنزل منزلة اختلاف النوعين ولابي حنيفة رح ان ذكر الغد للتعليق حقيقة

قوله غير انه لابد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك الى قوله فيتحقق الجهالة على وجه لا يرتفع المنازعة الا باثبات الخيار استشكل صاحب التسهيل هذا الفرق حيث قال اقول الجهالة التي في طرف الاجرة ترتفع كما ذكروا واما الجهالة التي في طرف العين المستاجرة في نحو قوله اجرتك هذه الدار بخمسة او هذه الاخرى بعشرة فهي ثابتة ومع تفضي الى النزاع في تسليم العين لتسلمه فان المستاجر يريد هذا والموجر يدفع الآخر فيتحقق النزاع فينبغي ان لا يصح بدون شرط خيار التعيين انتهى كلامه واجاب عنه بعض العلماء حيث قال بعد ما ذكر ذلك الاشكال في صورة ان يكون من عند نفسه ويمكن الجواب بان يقال ان الثمن يجب في باب البيع بمجرد العقد فلا ترتفع الجهالة المفضية الى النزاع حين وجوب الثمن الا باثبات الخيار والاجرة في باب الاجارة لا تجب بمجرد العقد بل بالعمل وعند وجود العمل ترتفع الجهالة لا محالة فلا حاجة الى اثبات الخيار الى هنا كلامه اقول ليس هذا الجواب بشيء اذ ليس فيه شيء زائد على ما ذكروا في الفرق ههنا والاشكال المذكور انما يتجه بعد ذلك فان الجهالة التي في طرف العين المستاجرة تفضي الى النزاع في تسليم العين وتسلمها فلا يتأتى المحال للعمل في نحو سكنى الدار انما يتصور بعد تحقق التسليم للعين المستاجرة وتسلمها وعند النزاع لا يتحقق ذلك فلا يفيد القول بان الجهالة ترتفع عند وجود العمل كما لا يخفى

فليتامل في دفع هذا الاشكال قوله وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان بيان ذلك ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لانه حال افراد العقد في اليوم بان قال خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد يستحق الاجر فكذا ههنا وذكر الغد للترفيه لانه حال افراد العقد في العقد بان قال خطه غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا ههنا اذ ليس لتعداد الشرط اثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان اما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان للترفيه كان العقد المضاف الى غد ثابتا اليوم مع عقد اليوم واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف الى غد واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على سبيل البدل فصار كانه قال خطه بدرهم او بنصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا وذلك يفضي الى النزاع كذا في الشروح والكافي قال صاحب العناية بعد ذلك البيان وهو الجواب بان الجهالة تزول بوقوع العمل فان به يتعين الاجر للزومه عند العمل كما تقدم انتهى اقول فيه نظر لان زوال الجهالة بوقوع العمل انما يتصور اذا لم يجتمع في كل يوم تسميتان ومدار دليل زفر على اجتماعهما في كل يوم كما تبين من قبل فحينئذ لا تزول الجهالة قطعا لان العمل المشروط امر واحد فعلى اي يوم يقع يلزم ان يكون في مقابلته بدلان على سبيل البدل فالوجه في الجواب عن دليل زفر منع لزوم اجتماع التسميتين في كل يوم كما يفهم من تقرير دليل سائر الائمة ولهذا لم يتعرض المصنف للجواب عنه صريحا قوله ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان قال بعض العلماء بعد نقل تعليلهما هذا عن الهداية وفيه كلام وهو ان الامامين جعلا اليوم في مسئلة ان المستاجر ليخبز له اليوم كذا للتعجيل احترازا عن بطلان الحمل على التوقيت فكيف يلزمان الامر بالحمل ههنا انتهى اقول هذا الكلام ظاهر الاندفاع لان الامامين انما حملا اليوم ههنا على التوقيت لكون التوقيت حقيقة وعدم تحقق المعارض عنهما الى المجاز عنه كما صرح به في الكافي والشروح وانما جعلا اليوم في مسئلة الخبز للتعجيل لتحقق المعارض عن الحقيقة الى المجاز هناك وهو تصحيح العقد فان الاصل تصحيح تصرف العاقل ما امكن وانما امكن هنا بجعل اليوم للتعجيل فلا منافاة بين المقامين على ما ذكرنا وقد افصح عما ذكرنا تاج الشريعة حيث قال فان قلت قد جعلا ذكر اليوم في مسئلة خبز المخاتيم للتعجيل فلم لم يجعلا كذلك ههنا قلت هناك حملا على المجاز تصحيحا للعقد وههنا حملا على الحقيقة للتصحيح ايضا او لو عكس الامر في الفصلين يلزم ابطال قصد العاقد ان صحة التصرف لا الى تصحيح تصرف العاقل ما امكن انتهى كلامه قوله ولابي حنيفة ان ذكر الغد للتعليق حقيقة مراده بالتعليق الاضافة اي الاضافة حقيقة لان الاجارة لا تقبل التعليق ولكن تقبل الاضافة الى وقت في المستقبل فيكون مراده كذا ادعى عامة الشراح حتى قال بعضهم ولهذا وقع في بعض النسخ ذكر الغد للاضافة وقال صاحب العناية بعد تفسير التعليق ههنا بالاضافة ويجوز ان يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى النصف في الغد ليس بتسمية جديدة لان التسمية الاولى باقية وانما يحط النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغد لتعليق الحط بالتأخير

ولا يمكن حمل اليوم على التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل واذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل لايجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني

وهو التعجيل الى التاخير الى ههنا كلامه اقول فيه بحث اذ لو لم يكن النصف في الغد تسمية جديدة بل كان ذكر الغد بمجرد تعليق حط النصف الآخر بالتاخير لما صح قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويفسد الثاني اذ على ذلك التقدير لايكون في الغد الا تسمية واحدة هي التسمية الاولى ولكن يحط نصف المسمى بالتاخير فيجوز ذلك المعنى مناف لدليل ابي حنيفة رح على مدعاه ايضا فكانه اختصر ماذكره صاحب غاية البيان فانه قال في شرح قول المصنف وذكر الغد للتعليق اثناء تقرير دليل الامامين المراد من التعليق الاضافة لان تعليق الاجارة لايجوز وقال او نقول المراد به تعليق حط النصف بالتاخير الى الغد وذلك جائز لا التعليق الاجارة انتهى ولكن لايخفى على الفطن ان تجويز ذلك المعنى اثناء تقرير دليل الامامين لايستلزم صحة ورود المستلزم تجويزه اثناء تقرير دليل ابي حنيفة رح فانه التقييد لان لايجتمع في كل يوم تسميتان فلا ينافيه تجويز ذلك بخلاف قول ابي حنيفة كما عرفت قوله ثم لا يمكن حمل اليوم على التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل فانا اذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا واذا نظرنا الى ذكر اليوم كان اجير وحد وهما متنافيان لتنافي لوازمهما فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجرة ما لم يعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها باعتبار تسليم النفس في المدة وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التاقيت الى المجاز الذي هو التعجيل كذا في العناية وغيرها اقول يشكل هذا بمسئلة الراعي فانه يجتمع فيها ذكر العمل والوقت وتصح الاجارة بالاتفاق بان يحمل الوقت على غير معناه الحقيقي في قول احد بل يعتبر الاجير اجيرا مشتركا ان وقع ذكر العمل اولا واجير وحد ان وقع ذكر المدة اولا صرح بذلك في عامة المعتبرات سيما في الذخيرة والمحيط البرهاني قال صاحب الكافي وفي المسئلة اشكال هائل على قول ابي حنيفة رحمه الله فانه جعل ذكر اليوم للتعجيل ههنا حتى اجاز العقد وفي مسئلة المخاتيم جعل ذكر اليوم للتوقيت فافسد العقد على ما سبق تقريره والجواب ان ذكر اليوم حقيقة للتوقيت فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز وههنا قام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر بسبب التاخير فعدلنا عن الحقيقة وصرنا الى المجاز بهذا الدليل ولم يقم مثل هذا الدليل ثمه وكان التوقيت مرادا فافسد العقد انتهى كلامه وزاد عليه تاج الشريعة سوالا وجوابا تلخيصهما ما ذكره صاحب العناية فقال بعد ذكر ذلك الاشكال والجواب ورد بان دليل المجاز قائم ثمه وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مراد النظر الى ظاهر الحال والجواب ان الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس بموجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال انتهى اقول يشكل الجواب المذكور عن ذلك الاشكال بمسئلة اخرى مذكورة في المحيط البرهاني وشرح الكافي وغيرهما لو قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلا اجر لك قال محمد في الاملاء ان خاطه في اليوم الاول فله درهم وان خاطه في اليوم الثاني فله اجر مثله لايزاد على درهم في قولهم جميعا الا ان يشاء الاجير في اليوم الثاني لا ينفي وجوبه في اليوم الاول ونفي التسمية في اليوم الثاني لا ينفي اصل العقد فكان في اليوم الثاني عقد الا تسمية فيه فيجب اجر المثل انتهى لفظ المحيط قال ابو حنيفة رحمه الله لم يفسد العقد في اليوم الاول في هاتيك المسئلة كما فسد في حالة الافراد ومع انه لم يقم فيها دليل على المجاز كما قام الدليل عليه فيما نحن فيه اذ لا شك ان قوله فان خطته غدا فلا اجر لك لايكون دليلا على عدم ارادة ما كان في ذكر اليوم حقيقة فيه وهو التوقيت بل يكون دليلا على الارادة حقيقة وذلك لانه لو لم يكن مراده التوقيت لما بقي الاجر بالكلية في الغد اذا كان التوقيت مرادا بذكر اليوم في تلك الصورة فيشكل الفرق بينها وبين مسئلة المخاتيم جدا على قول ابي حنيفة فليتامل وقد استشكل الجواب المذكور بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال ولا بد لابي حنيفة رح من بيان دليل المجاز فيما اذا قال خطه اليوم بدرهم حيث حمل ذكر اليوم على التعجيل ثم قال ويجوز ان يقال الدليل هو صيغة الامر فانها تدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتاقيت ثم قال فيه تامل انتهى اقول لا يتوجه هذا الاشكال راسا اذ لا نسلم ان ابا حنيفة رح حمل ذكر اليوم على التعجيل في الصورة المزبورة بل الظاهر انه حمله هناك ايضا على ان الجمع بين ذكر الوقت وذكر العمل مفسد للعقد حالة الافراد واني تتبعت عامة المعتبرات ولم اجد في شيء منها ما يدل على صحة العقد في الصورة المذكورة عند ابي حنيفة رحمه الله

وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة رح في الصحيح لانه اذا لم يرض بالتاخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم في الشهر وان سكنته حدادا فبدرهمين جاز واي الامرين فعل استحق المسمى فيه عند ابي حنيفة رح وقالا الاجارة فاسدة وكذا اذا استاجر بيتا على انه ان سكن فيه عطارا فبدرهم وان سكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز ومن استاجر دابة الى الحيرة بدرهم وان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وكذا ان استاجرها الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز وجه قولهما ان المعقود عليه مجهول وكذا الاجر احد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر انما يجب بالعمل وعنده يرتفع الجهالة اما في هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فيبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما ولابي حنيفة رح انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسئلة الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه يخالف سكناه الحداد الا ترى انه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في اخواتها والاجارة تعقد للانتفاع وعنده يرتفع الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن به

باب اجارة العبد

بل وجدت في بعض منها التصريح بعدم صحة العقد في تلك الصورة فان الامام الزاهدي قال في شرح مختصر القدوري نقلا عن شرح الاقطع ولو قال خط هذا الثوب اليوم بدرهم لم يصح لجهالة المعقود عليه انه المدة او العمل انتهى نعم قد قيل في الكافي وكثير من الشروح في اثناء بيان دليل زفر رح في المسئلة التي نحن بصددها توجيها لقوله ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت ولهذا لو افرد العقد في اليوم بان قال خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا ههنا انتهى لكن الظاهر ان ذلك القياس المذكور في دليل زفر رح انما يتمشى على الامر خاصة فيه ولان التعجيل حالة الافراد على ابي حنيفة رحمه الله فتدبر **قوله** وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان اقول فيه نظر اذ قد تقرر في اول باب الاجارة الفاسدة ان التسمية في الاجارة الفاسدة تمنع الزيادة عندنا ولا تمنع النقصان اذ انما يجب اجر المثل لا ان ينقص عن المسمى فما معنى ان تعتبر التسمية الثانية ههنا لمنع النقصان وهل هذا الا مخالفا لما تقرر **قوله** اما في هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما قال صاحب التسهيل يرد على اصلهما مسئلة التخيير بين مسافتين مختلفتين فان الاجر يجب بالتسليم من غير عمل فيلزم ان تفسد عقد الاجارة ثمة عندهما مع انه جائز عند اصحابنا وفاقا الا عند زفر انتهى كلامه اقول يمكن ان يجاب عنه بان الاجر وان يجب في الصورة المذكورة بالتسليم من غير عمل الا انه لا يجب بمجرد التسليم والتخلية بل لا بد في وجوبه من قطع المسافة المعينة في ذلك العقد فانهم صرحوا بانه اذا استاجر دابة الى الكوفة فسلمها الموجر ومسكها المستاجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة فلا اجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة فلم يركبها وجبت الاجرة انتهى ففي مسئلة التخيير بين مسافتين مختلفتين ترتفع الجهالة بقطع مسافة من تينك المسافتين بخلاف ما نحن فيه على اصلهما **قوله** ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن به يعني ولو احتيج الى ايجاب الاجر بمجرد التخلية والتسليم بان سلم العين المستاجرة الى المستاجر ولم ينتفع به قط حتى مضت مدة المنفعة يجب اقل الاجرين اللذين سماهما في العقد للتيقن به اقول لقائل ان يقول لو جاز الاخذ بالاقل في دفع الجهالة الواقعة في باب الاجارة بناء على كونه متيقنا لصحت الاجارة فيما اذا سمى العمل معينا او المنفعة معينة باجرين متغايرين على سبيل البدل كان قال خط هذا الثوب بدرهم او بنصف درهم او قال اسكن في هذا البيت بدرهم او بنصف درهم ووجب اقل الاجرين اللذين سماهما ولم يقل به احد فتامل في الدفع

باب اجارة العبد قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان احكام تتعلق بالحر شرع في بيان احكام تتعلق بالعبد اذ العبد منحط الدرجة عن الحر فاخر ذكره عن ذكر الحر لذلك انتهى واقتفى اثره كثير من الشراح في ذكر هذا الوجه وقال صاحب غاية البيان لما كان اجارة الرقيق نوعا من انواع الاجارة وبالرقيق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها في باب على حدة واخر ذكرها لان الجنس مقدم على النوع ثم قال هذا ما لاح لي من وجه المناسبة وما قيل في بعض الشروح ان العبد منحط الدرجة عن الحر فاخر ذكره عن ذكر الحر لذلك ففيه نظر لان صاحب الهداية ذكر قبل هذا استئجار الدور والحوانيت والحمام والدواب وذكر هنا استئجار الرقيق لاختصاصه بالمسائل المذكورة في هذا الباب ترجم الباب بباب اجارة العبد كما ترجم في الاصل بباب اجارة الرقيق لا محالة وغير ما ظاهر كلام هذا الشارح يفهم منه ان العبد منحط الدرجة عن الحر لانه لا ولاية له اصلا ولا يصح تصرفه في شيء الا باذن المولى وهذا مسلم لكن لو كان مراد المصنف هذا لم يبدأ اول الباب باستئجار العبد لانه لم يوجد منه تصرف اصلا في عقد الاجارة لا اصالة ولا نيابة بل هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة كالدابة ونحو ذلك فعلم منها ان غرض المصنف لم يكن الا تنويع المسائل انتهى كلامه اقول في الوجه الذي لاح له نظر لان مجرد كون الجنس مقدما على النوع لا يقتضي تاخير مسائل هذا الباب الى ههنا فان مسائل كثيرة من الابواب السابقة مختصة ايضا بالنوع لا عامة للجنس الا ترى ان مسائل باب الاجارة الفاسدة مختصة بالنوع الفاسد من جنس الاجارة وكذا مسائل باب الاجارة على احد الشرطين مختصة بالنوع الذي

ومن استأجر عبدا ليخدمه فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في الدار

ذكر فيه الشرطان الى غير ذلك من المسائل الاخرى المتقدمة وانما يقتضي هذا الوجه تأخير مسائل هذا الباب عما ذكر في اوائل كتاب الاجارة من الاحكام العامة لجنس الاجارة دون غيرها من الاحكام الكثيرة المتنوعة الواقعة في البين فلا يتم التقريب اما ما اورده على الوجه الذي ذكره صاحب العناية وما يحذو حذوه من النظر فقد قصد بعض الفضلاء دفعه حيث قال في تفسير اجارة العبد اي نفسه وقال واجارة الغير اياه وذكرت استطرادا او قد يقدم في الذكر ما يذكر استطرادا كما سبق في باب العشر والخراج فعلى هذا الاجارة مضاف الى الفاعل الى هنا كلامه اقول فيه خلل اما اولا فلان الاجارة في اللغة اسم للاجرة وهي كراء الاجير صرح به في المغرب وعامة كتب اللغة ولم يسمع مجيء هذه الكلمة مصدرا قط وانما المصدر من الثلاثي الاجر ومن المزيد عليه الايجار والمؤاجرة فلم يتصور ان يكون للاجارة فاعل ومفعول فلم يصح القول بان الاجارة ههنا مضاف الى الفاعل وان لم يعن اجارة العبد نفسه واما ثانيا فلان المذكور في هذا الباب خمس مسائل ثنتان منها متعلقتان بايجار العبد نفسه وثلاث منها متعلقات بايجار الغير اياه فحمل عنوان الباب على اقل ما ذكر في الباب وجعل اكثر ما ذكر فيه استطراديا كما يقتضيه قوله واجارة الغير اياه وذكرت استطرادا مما لا يقبله فطرة سليمة ثم اقول في دفع ما اورده صاحب العناية من النظر ان انحطاط درجة العبد عن الحر كما يظهر له اثر فيما اذا وجد من العبد تصرف في عقد الاجارة كذلك يظهر له اثر فيما اذا لم يوجد منه تصرف في ذلك العناية ولكن كان هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة اذ لا شك ان في كل من تينك الصورتين حكما خاصا يتعلق بالعبد كما يفصح عنه قوله في الوجه الذي اختاره والرقيق مسائل خاصة يتعلق به فذكرها في باب على حدة ولا ريب ان اختصاص مثل ذلك الحكم بالعبد ليس لارتفاع درجته عن الحر بل انما هو لانحطاط درجته عن الحر فكان قول صاحب النهاية ومن تبعه أخر الاحكام التي تتعلق بالعبد عن احكام الحر لانحطاط درجة العبد عن الحر وجها جاريا في الصورتين معا شاملا للمسائل المذكورة في هذا الباب باسرها فلم يتم قول صاحب العناية ولكن لو كان مراد المصنف هذا لم يبدأ اول الباب باستيجار العبد الخ اذ مداره على ان لا يجري الوجه المذكور في الصورة الثانية كما لا يخفى على المتأمل ثم ان اضافة الاجارة الى العبد في عنوان الباب ليس من قبيل الاضافة الى الفاعل ولا من قبيل الاضافة الى المفعول لما عرفت بل هي من قبيل الاضافة لادنى الملابسة فتشمل ما كان العبد متصرفا في نفس عقد الاجارة كما في بعض مسائل هذا الباب وما كان العبد محل التصرف وموقع عقد الاجارة كما في البعض الآخر من مسائل هذا الباب ومن هذا البعض المسألة المبتدأ بها اول الباب فلا محذور ولا استطراد في شيء تأمل ترشد **قوله** ومن استأجر عبدا للخدمة فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق فان قيل ان المستأجر في ملك منافعه ينزل منزلة المولى في منافع عبده وللمولى ان يسافر بعبده فكذا للمستأجر ان يسافر باجيره قلنا انما يسافر المولى بعبده لانه يملك رقبته والمستأجر لا يملك رقبة اجيره كذا في الكافي وعامة الشروح ونقض هذا الجواب بمن ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فان للمدعي ان يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته واجيب بان مؤنة الرد في باب الاجارة على الآجر بعد انتهاء العقد لان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه يقرر حقه في الاجر فالمستأجر اذا سافر بالعبد فهو يلزم الموجر ما لم يلزمه من مؤنة الرد وربما تربو على الاجرة واما في الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه فالمستحق بالاخراج الى السفر يلزمه مؤنة الرد وله ذلك كذا في العناية اخذا من النهاية اقول للقائل ان يقول يلزم من هذا الجواب ان يجوز للمستأجر ان يسافر بالعبد اذا التزم مؤنة الرد وان لم يرض به الموجر لان حاصل هذا الجواب انه ان سافر المستأجر بالعبد في باب الاجارة يترتب الضرر على الموجر بالزامه اياه ما لم يلزمه من مؤنة الرد ولا يخفى ان ذلك الاجارة بترتيب الضرر يندفع بالتزام المستأجر تلك المؤنة مع ان الظاهر من عبارات الكتب عدم جواز المسافرة به مطلقا ما لم يشترط ذلك فتأمل وطعن صاحب العناية في الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال وهذا كما ترى انقطاع لان المعلل احتاج الى ان يضم الى علته وهي قوله والمستأجر لا يملك رقبته قيدا

ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه الاجر فليس للمستاجر ان ياخذ منه الاجر واصله ان الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل والقياس ان لا يجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر فصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا جاز ذلك لم يكن للمستاجر ان ياخذ منه الاجر ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت على ما مر وله ان الضمان انما يجب باتلاف مال متقوم محرز وهذا غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه ماذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر ومن استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والاول منهما باربعة لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز ونظرا الى تنجز الحاجة فينصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق او مريض فقال المستاجر ابق او مرض حين اخذته وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل ان تاتيني بساعة فالقول قول المستاجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول المواجر لانهما اختلفا في امر محتمل فيترجح بحكم الحال اذ هو دليل على قيام ما من قبل وهو يصلح مرجحا وان لم يصلح حجة في نفسه واصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه

وهو ان يقول ويلزمه مؤنة الرد ثم قال ولعل الصواب ان يقال لا نسلم ان المستاجر في منافع العبد كالمولى فان المولى له المنفعة على الاطلاق زمانا ومكانا ونوعا وليس المستاجر كذلك بل يملكها بالعقد ضرورة فيتقيد بمكان وزمان فيجوز ان يتقيد بما لا يتقيد به المولى والعرف يوجبه او دفع ضرر المؤنة على ما ذكرنا يوجبه انتهى كلامه اقول فيما ذكره نظر لانه ينتقض بمسئلة الصلح اذ لا شك ان المصالح ايضا لا يملك منافع العبد على الاطلاق كالمولى بل هو ايضا انما يملكها بالعقد ضرورة هو عقد الصلح مع ان له ان يسافر بالعبد بخلاف المستاجر فيحتاج الى الفرق **قوله** ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب قال بعض الفضلاء الفرق بين الدليلين غير واضح فتامل انتهى اقول الفرق بينهما ان مدار الاول على ان خدمة السفر مما لا يدخل في اطلاق العقد راسا بناء على انصراف مطلق العقد الى المتعارف الذي هو الخدمة في الحضر ومدار الثاني على ان كل واحدة من خدمتي السفر والحضر وان كانتا داخلتين تحت اطلاق العقد الا ان الخدمة في الحضر تعينت بقرينة حال العاقد ومكان العقد فبعد تعينها لا يبقى المجال للاخرى كما في الركوب فانه اذا اطلق الركوب ثم ركب بنفسه او اركب غيره تعين هو فبعد ذلك ليس له ان يغير من ركبه اولا لتعينه للركوب فكذا ههنا ويرشد الى ما قررنا من الفرق بين الدليلين المذكورين في الكتاب عبارة المبسوط والذخيرة في تعليل هذه المسئلة على ما ذكره صاحب النهاية حيث قال لان مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ولان الظاهر من حال صاحب العبد انه يريد الاستخدام في مكان العقد حتى لا يلزمه مؤنة الرد ويجب ان يكون ذلك على الاجير فيتعين موضع العقد مكانا للاستيفاء بدلالة الحال كذا في المبسوط والذخيرة انتهى **قوله** ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه الاجر فليس للمستاجر ان ياخذ منه الاجر قال صاحب الكافي في تقرير هذه المسئلة ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا فعمل فاعطاه الاجر فقد زاد على ما ذكره المصنف قوله فعمل ووافقه اثره صاحب العناية اقول فيه شيء وهو ان وضع هذه المسئلة فيما اذا استاجر عبدا محجورا عليه شهرا كما ترى فقد ذكر فيه المدة وهي الشهر وقد تقرر عندهم وعرفت فيما مر غير مرة ان الاجير بذكر الوقت اجير خاص وقد مر في باب ضمان الاجير ان الاجير الخاص هو الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم فما معنى اعتبار العمل في هذه المسئلة بعد ذكر المدة نعم لا بد من تسليم العبد نفسه حتى يستحق الاجر فلا يجوز للمستاجر ان ياخذ منه ما اعطاه اياه من الاجر الا انه لم يذكر هذا القيد صراحة في وضع المسئلة اعتمادا على ظهور كونه مرادا فان قلت من زاد قيد فعمل اراد بالعمل تسليم النفس قلت لا يرى له وجه صحيح اذ لا اتحاد بينهما ولا استلزام فان العمل يوجد بدون تسليم النفس في الاجير المشترك مطلقا وتسليم النفس يوجد بدون العمل في الاجير الخاص الذي سلم نفسه ولم يعمل فما وجه ذكر العمل وارادة تسليم النفس والانصاف ان تركه اولى من ذكره كما صنع المصنف **قوله** لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز او نظرا الى تنجز الحاجة قال تاج الشريعة فان قلت هذا التعليل انما يستقيم لو ذكر الشهر ههنا معرفا بقوله هذين قلت رايت في المبسوط والجامع الصغير للعتابي وغيرهما عدم التعرض لقوله هذين بل في كل واحد منهما استاجر عبدا شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة ويحتمل ان يحمل قوله هذين على ما اذا قال المؤجر اجرت منك هذا العبد شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فقال المستاجر استاجرت منك هذا العبد هذين الشهرين فينصرف قوله هذين الشهرين الى الشهرين المنكرين اللذين دخلا تحت ايجاب المؤجر فيبقى التنكير فيصلح التعليل بتنجز الحاجة لاثبات التعيين الى ههنا كلامه ووافقه اثره صاحب الكفاية في شرح هذا المقام على هذا المنوال ولكن بنوع تغيير تحرير في اوائل المقال وقال صاحب العناية قيل مبنى هذا الكلام على انه ذكر منكرا مجهولا والمذكور في الكتاب ليس كذلك واجيب بان المذكور في الكتاب قول المستاجر واللام فيه للعهد لما كان في كلام المؤجر من المنكر فكان المؤجر قال اجرت عبدي هذا شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فقال المستاجر استاجرته هذين الشهرين

باب الاختلاف

قال واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ لا بل امرتني بصفرة فالقول لصاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته الا ترى انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا انكر صفته لكنه يحلف لانه انكر شيئا لو اقر به لزمه قال واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله وكذا يخير في مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى وقد ذكرنا في بعض النسخ ويضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغاصب وان قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو يوسف ان كان الرجل حريفا له اي خليطا له فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة رحمه الله لانه منكر

باربعة وشهر الخمسة انتهى كلامه اقول لا الشبهة شيء ولا الجواب اما الشبهة فلان التعليل المزبور يستقيم بتنكير شهري في شهر باربعة وشهر الخمسة ولا يتوقف على تعريف الشهرين اذ على تقدير تعريف الشهرين يصير المتعين مجموع الشهرين من حيث هو مجموع وهذا لا يقتضي ان يتعين الاول منهما باربعة والثاني بخمسة لاحتمال ان يكون الامر بالعكس بناء على تنكير كل واحد منهما وابهامه فاحتيج الى الاستدلال على كون الاول منهما باربعة والثاني بخمسة دون العكس بالتعليل الذي ذكره المصنف فلا غبار عليه اصلا واما الجواب فلانه لو كان المذكور في الكتاب قول المستاجر لما صح تنكير عبدا في قوله ومن استاجر عبدا هذين الشهرين بل كان هو احق بالتعريف من الشهرين لان بذلك يعلم ان الذي استاجره هو العبد الذي اجره الموجر منه على ان كون اللام في قول المستاجر للعهد انما يتصور فيما اذا كان كلام الموجر مقدما على كلام المستاجر في العقد وليس له ذلك بلازم فان ايا من المتعاقدين تكلم اولا يصير كلامه ايجابا فاذا قبل الآخر لزم العقد فحمل المذكور في الكتاب على قول المستاجر لا يقتضي تعريف الشهرين في هذه المسئلة على الاطلاق فيلزم تخصيص مسئلة الكتاب ببعض الصورة ولا يخفى ما فيه ثم اقول لعل المصنف انما عرف الشهرين في تقرير هذه المسئلة خلافا لما وقع في عامة الكتب من تنكيرها ذلك اشعارا بان جواب هذه المسئلة لا يتغير بتعريف لفظ الشهرين بل تنكير ذلك وتعريفه سيان عند تنكير شهرا في شهر باربعة وشهر الخمسة لما بيناه في رد الشبهة آنفا وقال بعض الفضلاء يجوز ان يكون موضع المسئلة فيما اذا ذكر المستاجر لفظ الشهرين بالتنكير وانما ذكره المصنف معرفا نظرا الى تعيينه المآلي حيث ينصرف الى ما يلي العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستاجر بل هو لفظ المصنف انتهى اقول ليس هذا بشيء ايضا اذ لا يذهب عليك ان قوله شهرا باربعة وشهر الخمسة من كلام المستاجر كان من وانه تفصيل الشهرين فلو لم يكن قوله هذين الشهرين من كلام المستاجر بل كان من لفظ المصنف لزم ان يكون المجمل لفظ المصنف والمفصل لفظ المستاجر وهذا مما لا يرتضيه العاقل ثم اقول بقي ههنا كلام وهو ان الظاهر ان جواب هذه المسئلة غير مختص بصورة ان يكون الاجير عبدا بل هو متمش في صورة ان كان حرا ايضا لتعين الدليل المذكور في الكتاب فوجه ذكر هذه المسئلة في باب اجارة العبد غير واضح فان المناسب ان يذكر فيه ما له اختصاص بالعبد من الاحكام والا فكثير من الاحكام المذكورة في الابواب السابقة مشتركة بين الحر والعبد ولا يقال ان كون الاجير عبدا اكثر من كونه حرا فبني الامر على الاكثر اذ لا نسلم ان ذلك اكثر بل الظاهر ان كون الاجير حرا اكثر لاستقلاله وكثرة احتياجه الى الاجرة لانفاق نفسه وعياله وايضا لو كان بناء الامر على ذلك لذكر سائر مسائل الاجير ايضا في هذا الباب

باب الاختلاف في الاجارة لما فرغ من بيان احكام اتفاق المتعاقدين وهو الاصل ذكر في هذا الباب احكام اختلافهما وهو الفرع اذ الاختلاف انما يكون بعارض وقع **قوله** واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار الخ يعني به ما مر من قبل في باب الاجارة الفاسدة في مسئلة ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء كذا في الشروح واعترض بان المتعاقدين كانا هناك متفقين على ان المامور به خياطة القميص والاجير خالف فخاط قباء وههنا قد اختلفا في اصل المامور به فبعد اختلاف المسئلتين كيف يتحد الجواب واجيب بانه اختلف صورتا المسئلتين ابتداء ولكن اتحدتا انتهاء لانه ذكر هذا الحكم ههنا بعد حلف صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يبق خلاف الاجير اعتبارا فكانتا في الحكم في الانتهاء سواء هذا خلاصة ما في النهاية والعناية وقصد بعض الفضلاء ان يجيب عن هذا الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال ولك ان تقول اذا كان الحكم ذلك اذا اتفقا فبالطريق الاولى اذا اختلفا مع ان التشبيه غير القياس انتهى اقول ليس ذاك بسديد لانا لا نسلم انهما اذا اتفقا على مخالفة المامور به كان التعدي مقررا عندهما فيجب الضمان قطعا واما اذا اختلفا في المخالفة فلا تعدي على زعم الاجير فيبقى وجوب الضمان عليه نوع خفاء

والجواب عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق والله اعلم

باب فسخ الاجارة

قال ومن استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل المؤجر ما ازال به العيب فلا خيار للمستاجر لزوال سببه قال واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستاجر ومن اصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ لان المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق في البيع قبل القبض وعن محمد ان الآجر لو بناها ليس للمستاجر ان يمتنع ولا للآجر وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه قال واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت الاجارة لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة له او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وان عقدها لغيره لم تنفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما اشرنا اليه من المعنى قال ويصح شرط الخيار في الاجارة وقال الشافعي لا يصح لان المستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهما دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيلزم دونه ولهذا يجبر المستاجر على القبض اذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة قال وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع

فكيف يصح ان يقال فما كان الحكم كذلك اي الضمان اذا لم يعلم انه كان الطريق الاولى اذا اختلفا وانا اشار فلان مورد الاعتراض هو قول المصنف ومعناه ما مر من قبل والمفهوم منه هو الاتحاد في الحكم لا التشبيه في مجرد قوله مع ان التشبيه بمجرد القياس فهما لا يفهم ههنا قوله والجواب عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة الى الاستحقاق يعني ان الحاجة ههنا الى الاستحقاق لا الى الدفع والظاهر انما يكون حجة للدفع دون الاستحقاق قال بعض الفضلاء فرق بين الظاهر والاستصحاب فالاول يعلم الاستحقاق كاخبار الآحاد انتهى اقول المراد بالظاهر ههنا ظاهر الحال وكون مثل هذا الظاهر حجة للاستحقاق ممنوع واخبار الآحاد فبمعزل عما نحن فيه فانها من الادلة اللفظية الظنية توجب العمل دون العلم عند الجمهور على ما عرف في الاصول

باب فسخ الاجارة ذكر باب الفسخ آخرا لان فسخ العقد بعد وجود العقد لا محالة فناسب ذكره آخرا قوله واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة له او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز قال في الغاية لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولا بانتقال ما لم يملكه المورث الى الوارث انتهى كلامه اقول فيه بحث وهو انه قد مر في اول باب الاجر متى يستحق ان الاجرة تملك باحد معان ثلثة بشرط التعجيل وبالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه فلو قلنا بالانتقال في الصورتين الاوليين فيما اذا مات المؤجر لم يلزم القول بانتقال ما لم يملكه المورث الى الوارث لان المورث قد كان ملك الاجرة في حال حيوته بتعجيل الاجرة او بشرط تعجيلها فالتعليل الذي ذكره صاحب الغاية وان تم في حق المنفعة لم يتم في حق الاجرة والاظهر في تعليل هذه المسئلة ان يفصل فيستدل على انفساخ الاجارة بموت كل من احد المؤجر والمستاجر بعلة مستقلة كما هو المتبع في الكافي وكثير من الشروح سيما في النهاية نقلا عن المبسوط حيث قال فيها وللمشائخ طريقان احدهما في موت المؤجر فيقول المستحق بالعقد المنافع التي تحدث على ملك المؤجر وقد فات ذلك بموته فيبطل الاجارة لفوات المعقود عليه لان رقبة الدار تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقبة لما ان الاجارة تتجدد في حق المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة وليس له ولاية الزام العقد في ملك الغير والطريق الآخر في موت المستاجر انه لو بقي العقد بعد موته انما يبقى على ان يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث الا ترى ان المستعير اذا مات لا يخلفه وارثه في المنفعة وقد بينا ان المستعير مالك المنفعة وهذا لان الوراثة خلافة ولا يتصور ذلك الا فيما يبقى وقتين فيكون ملك المورث في الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني والمنفعة الموجودة في حيوة المستاجر لا يبقى لتورث والتي تحدث بعد موته لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فالملك لا يسبق الوجود واذا ثبت انتفاء الارث تعين بطلان العقد كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان وارثه لا يخلفه فيه كذا في المبسوط الى ههنا لفظ النهاية

قوله وقال الشافعي لا يصح لان المستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار اقول في هذا الدليل للشافعي شيء وهو انه قد تقرر عندهم ان الاجارة على نوعين نوع يرد العقد فيه على العمل كاستيجار رجل على صبغ ثوب وخياطته ونوع يرد العقد فيه على المنفعة كاستيجار دار للسكنى وارض للزراعة والدليل المزبور لا يتمشى في النوع الاول اصلا لان عدم امكان رد المعقود عليه بكماله وعدم امكان تسليمه ايضا على الكمال انما ينشأ من ان يتلف شيء من المعقود عليه بمضي مدة الخيار كما نبه عليه في الكافي والشروح وفي العقد على العمل لا يتلف شيء من المعقود عليه قبل العمل قطعا وكذا لا يتمشى في بعض من النوع الثاني وهو ما لا يتعين المعقود عليه فيه بالمدة بل يتعين بالتسمية كاستيجار دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يسير كذا ساعة سماها وانما يتمشى ذلك في ما يتعين المعقود عليه فيه بالمدة من النوع الثاني كاستيجار دار للسكنى وكان الدليل المزبور قاصرا عن افادة ما ادعاه الشافعي من عدم صحة شرط الخيار في عقد الاجارة مطلقا فليتأمل

ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا وهو كمن استاجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع او استاجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تفسخ الاجارة لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا من استاجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من آجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها الا بثمن ما آجر فسخ القاضي العقد وباعها في الديون لان في الجري على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله فسخ القاضي العقد اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ ووجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته او لطلب غريمه فحضر او للتجارة فافتقر وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه او اجيره ولو مرض المؤاجر فقعد فكذا الجواب على رواية الاصل وذكر الكرخي عن ابي حنيفة انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد وانما يفوته الاسترباح وانه امر زائد **قال** واذا استاجر الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات مقصوده وهو راس ماله وتاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه اما الذي يخيط باجر فراس ماله الابرة والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف فليس بعذر لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استاجر دكانا للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما هاهنا العامل شخصان فامكنهما ومن استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر لانه لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمة السفر اشق وفي المنع من السفر ضرر وكذا كل ما يستحق بالعقد فيكون عذرا ولكن اذا اطلق لانه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا آجر عقارا ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستاجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته حتى لو اراد المستاجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر او الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر **مسائل منثورة قال** ومن استاجر ارضا او استعارها فاحرق الحصائد فاحترق شيء من ارض اخرى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبب فاشبه حافر البئر في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر في ارضه **قال** واذا اقعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز

قوله ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليه فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به الى آخره قال ابن العز القول بفسخ الاجارة بالاعذار قد سوغه احد المتعاقدين من غير نص ولا اجماع ولا قول صحابي بل يجب الاعتبار بالفسخ بالعيب فيه نظر فانه عقد لازم لا زالت الاعذار تحدث في عقود الاجارات وقد يموت احد المتعاقدين قبل انقضاء المدة ولم ينقل عن الصحابة الفسخ بذلك ولو كانت الاجارة تقبل الفسخ بذلك لنقل لتوفر الهمم على نقل مثله لاحتياج الناس اليه وقد نقل عنهم ما هو دون ذلك لكن جمهور العلماء على القول بعدم الفسخ للعذر وان كان قد اعتبر العذر الكامل فيما لو اكترى من يقلع ضرسه فزال الالم قبل قلعه او اكترى كحالا ليكحل عينه فبرأت او هبت فلا يقاس عليه ما هو دونه الى هنا كلامه اقول نظره ساقط جدا اذ لا يلزم من ان لا يتحقق نص ولا اجماع ولا قول صحابي في حق فسخ الاجارة بالاعذار ان لا يصح القول بذلك فان القياس احد الادلة الشرعية الاربعة على ما تقرر في علم الاصول فيكفي تحقق ذلك في اثبات حكم شرعي وقد تحقق فيما نحن فيه كما اشار اليه المصنف بقوله فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فيفسخ به وبين الجامع بقوله اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد وانما لا يجوز الاستدلال بالقياس لو ورد نص يدل على خلاف ذلك او انعقد اجماع على خلاف ذلك ولم يقع شيء منهما فيما نحن فيه وكون عقد الاجارة عقدا لازما وكثرة حدوث الاعذار في عقود الاجارات مما لا يقدح اصلا في العمل بالقياس في حكم فسخ عقد الاجارة بالاعذار وكذا عدم النقل للفسخ بذلك عن الصحابة لا يقدح في صحة القياس عند تحقق شرائطه والحاصل ان حجته بالتشبث في ترويج نظره هنا اضعف من بيت العنكبوت ثم ان ما ذكره منقوض بما اعترف به من ان العذر الكامل معتبر فانه لم يجر في ذلك العذر ايضا نص ولم ينعقد عليه اجماع ولم ينقل عن الصحابة فيه شيء فالمدعي في ذلك ايضا هو القياس

مسائل منثورة اي مسائل نثرت عن اماكنها وذكرت هنا تلافيا للمافات **قوله** واذا اقعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز صورة المسئلة اذا كان للخياط او الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس وله وجاهة ولكنه غير حاذق فيقعد في دكانه حاذقا يتقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على ان ما اصاب من شيء فهو بينهما نصفان هذا في القياس فاسد لان راس مال صاحب الدكان المنفعة والمنفعة لا تصلح راس مال الشركة ولان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل اجيره بالنصف وهو مجهول لان الاجرة اذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت مجهولة لا محالة وان كان المتقبل هو العامل فهو مستاجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك ايضا مجهول والطحاوي اخذ في هذه المسئلة بالقياس وقال القياس عندي اولى من الاستحسان وفي الاستحسان يجوز هذا لان هذا شركة التقبل في العمل لانهما سواء فيصير راس مال احدهما التقبل وراس مال الآخر العمل وكل واحد منهما يستحق به الاجر فجاز كذا في النهاية والكفاية وقال صاحب العناية وجه الاستحسان ان هذه ليست باجارة وانما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل لان شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما واحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها انتهى كلامه واورد عليه بعض الفضلاء قوله واحدهما يتولى القبول من الناس حيث قال فيه بحث فان تعيين احدهما يتولى القبول ليس بلازم في شركة التقبل ولعل مراده كونه من تعينا ولا تمامها ففي العبارة مسامحة انتهى اقول منشأ توهمه حمل الواو في قول صاحب العناية واحدهما يتولى القبول للعطف وحمل المعنى على بيان تعين احدهما لتولي القبول في شركة التقبل وليس كذلك بل المراد بالواو فيه للحال والمعنى ان شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما حال كون احدهما يتولى القبول من الناس فيعلم منه بطريق الاولوية كون الضمان عليهما حال ان يتوليا القبول من الناس معا فيصير قول صاحب العناية هنا بمنزلة قول صاحب الكافي لان تفسير شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما وان كان احدهما يتولى القبول من الناس لوجاهته والآخر يتولى العمل لحذاقته انتهى فلا محذور في عبارة صاحب العناية ولا مسامحة ثم اعلم ان صاحب العناية ليس بمنفرد في التعبير بتلك العبارة بل سبقه اليه صاحب معراج الدراية حيث قال لان تفسير شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما واحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بصحته انتهى

لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل **قال** ومن استأجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي رح للجهالة وقد يفضي ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف فلا تفضي الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر **قال** وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود لانه انفى للجهالة واقرب الى تحقق الرضاء **قال** وان استاجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق جاز ان يرد عوض ما اكل لانه استحق عليه حملا مسمى في الطريق فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل والموزون ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق

كتاب المكاتب

قال واذا كاتب عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا

قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل قال الامام الزيلعي في شرح الكنز قال صاحب الهداية هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فيه نوع اشكال فان تفسير شركة الوجوه ان يشتركا على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا وليس في هذه بيع ولا شراء فكيف تتصور ان يكون شركة الوجوه وانما هي شركة الصنائع على ما بينا الى هنا كلامه اقول ليس مراد المصنف بشركة الوجوه في قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة ما هو المصطلح عليه لما مر في كتاب الشركة بل مراده بها ههنا ما وقع فيه تقبل العمل بالوجاهة يرشد اليه قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فيندفع الاشكال ولا تمتنع كونها شركة الصنائع والتقبل على المعنى المصطلح عليه في كتاب الشركة وقال صاحب التنقيح في شرح الوقاية ففي الهداية حمله على شركة الوجوه وفيه نظر لانه شركة الصنائع والتقبل وكان صاحب الهداية اطلق شركة الوجوه لان احدهما يتقبل العمل بوجاهته انتهى كلامه فكان صاحب الهداية اطلق كلاما وقال البعض لا يبعد ان يقال ذكره صدر الشريعة ولا يخفى عليك ان في قوله في الحقيقة نوع نبوة عن هذا انتهى اقول ان قول المصنف في الحقيقة ليس للاحتراز عن كونها شركة اخرى بل هو للاحتراز عن كونها اجارة وان مراده بالحقيقة ما يقابل الظاهر والصورة لا ما يقابل المجاز فالمعنى ان هذه المعاقدة وان كانت بحسب الصورة وظاهر الحال عقد اجارة بالنصف الا انها بحسب حقيقة الحال عقد شركة الوجوه اى عقد شركة التقبل بالوجاهة فلا نبوة عن هذا في شيء تامل تقف

كتاب المكاتب

قال صاحب النهاية اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل احد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق انتهى اقول ان قوله وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق مستدرك بل مختل لانه يرد عليه ان يقال ان وقع الاحتراز بهذا الذي ذكره عن غير تلك الاشياء الثلاثة ايضا فما معنى تخصيص تلك الثلاث بالذكر وان لم يقع الاحتراز به عن غيرها فما فائدة بيان وقوع الاحتراز به عن تلك الثلاثة فقط اذ ينتقض حينئذ ما ذكره في وجه المناسبة بغير ما من الافعال وبعبارة اخرى انه ان وجب الاطراد في وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن لزم ان لا يتحقق شيء من تلك الوجوه في غير ما ذكر فيه فيلزم فيما نحن فيه الاحتراز عن جميع ما عداه فلا معنى لتخصيص الاحتراز عن تلك الاشياء الثلاثة بالذكر وان لم يجب الاطراد فيها بل يكفي تحقق كل واحد منها فيما ذكر فيه سواء تحقق ذلك في غيره ايضا ام لا لم يكن فائدة في بيان وقوع الاحتراز بما ذكره فيما نحن فيه عن تلك الاشياء الثلاثة سيما اذ لم يتيسر ما يقع الاحتراز بذلك عنه في تلك الثلاثة والتحقيق ان المناسب في وجوه المناسبات بين هذه الكتب هو الاطراد وان الوجه الذي ذكره صاحب النهاية ههنا ليس بمتحقق في غير ما نحن فيه اصلا كما يظهر بالتامل الصادق وكان مطردا فلا وجه لتخصيص تلك الاشياء الثلاثة بالذكر من بين ما وقع عنه الاحتراز بذلك الوجه ثم ان صاحب العناية نقل ما ذكر في النهاية وبين المراد منه حيث قال قال في النهاية اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل احد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعني ان قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصالة خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة الى هنا لفظ العناية اقول في كل واحد من نقله وبيانه اختلال اما في نقله فلان الهبة

اما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا

غير مذكورة في شيء من نسخ النهاية وقد ضمنها في النقل في البيع والطلاق والعتاق واما في بيانه فلانه قيد الهبة في البيان بشرط العوض واطلقها في اثنا النقل ولا شك ان قوله بمقابلة ما ليس بمال تخرج باطلاق اذ الهبة بلا شرط عوض لا مقابلة فيها اصلا فيخرج بقوله بمقابلة ما ليس بمال حتى تخرج الهبة بشرط العوض فلا وجه للتقييد في البيان ثم ايضا لم يذكر النكاح مذكور في نسخ النهاية ولا فيما نقله عنها وقد تعرض في البيان بخروج النكاح ايضا بقوله الا بطريق الاصالة ولا يخفى ما فيه وايضا كان الطلاق والعتاق مطلقين في المنقول وقد قيدهما في البيان بكونهما على مال وجعلهما خارجين بقوله بطريق الاصالة ولم يذكر خروج الطلاق والعتاق بغير مال الشيء من القيدين مع انهما يخرجان بقيد المقابلة في قوله بمقابلة ما ليس بمال كما ذكرناه في الهبة بلا شرط عوض تأمل ثم قال صاحب غاية البيان ذكر المكاتب عقيب كتاب العتاق كان انسب ولهذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مآلها العتق بمال والولاء حكم من احكام العتق ايضا انتهى ونقله صاحب العناية بتحريفه حيث قال وذكر في بعض الشروح ان ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان انسب ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من احكام العتق ايضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره وهو انسب للاجارة لان نسبة الذاتيات اولى من العرضيات الى هنا لفظ العناية اقول في نقله خطأ لان المذكور في كلام صاحب الغاية لان الكتابة مآلها العتق وقد قال صاحب العناية في النقل لان الكتابة مآلها الولاء وبينهما بون ولا يخفى ان مقصود صاحب الغاية بقوله لان الكتابة مآلها العتق بيان المناسبة بين العتاق والكتابة وبقوله والولاء حكم من احكام العتق ايضا بيان المناسبة بين العتاق والولاء ايضا وكان صاحب العناية حسب مجموع الكلام بيانا للمناسبة بين العتاق والكتابة فوقع فيما وقع من تغيير العبارة في النقل تدبر ثم ان بعض الفضلاء بعد ما نبه لما في نقل صاحب العناية من الخروج عن سنن السداد قصد رد تزييفه ايضا فقال وقوله والكتابة ليست كذلك ان اراد به انها لا اخراج فيه فهو كالمكابرة الا يرى انه اخراج اليد حالا والرقبة مآلا وان اراد انها ليست بلا عوض فمسلم ولا تمس الحاجة الى المناسبة في جميع اجزاء مفهومه مع ان اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم ايضا وكيف والعتق على مال باب من ابوابه وقوله لان نسبة الذاتيات اولى من نسبة العرضيات محل تأمل الى هنا كلامه اقول يمكن دفع ذلك كله بان مراد صاحب العناية ان العتق اخراج الرقبة عن الملك حالا وبقبض بلا شرط عوض والكتابة ليست كذلك اي ليس فيها اخراج الرقبة عن الملك حالا وليست بلا شرط عوض بل هي بشرط عوض فيسقط ما ذكره ذلك القائل في كل من شقي ترديده اما سقوط ما ذكره في شقه الاول فلانه لا شك في ان ليس في الكتابة اخراج الرقبة عن الملك حالا وان وجد فيها مطلق الاخراج واما سقوط ما ذكره في شقه الثاني فلان الكلام في الانسبية لا في مجرد المناسبة فلا تمشية لقوله ولا تمس الحاجة الى المناسبة في جميع اجزاء مفهومه ثم انه لما كان مراد صاحب العناية بقوله بلا عوض بلا شرط عوض لا بشرط لا عوض كما نبهنا عليه من قبل لم يفد قول ذلك القائل مع ان اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم لان اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق مما لا يدعيه احد وانما يلزم ذلك ان لو كان المراد بقوله بلا عوض بشرط لا عوض واما اذا كان المراد به بلا شرط عوض فيعم ما بشرط العوض ايضا اذ قد تقرر في موضعه ان بلا شرط شيء اعم من بشرط شيء ومن بشرط لا شيء فيصير المعتبر في مفهوم العتق انتفاء اعتبار العوض لا اعتبار انتفاء العوض فيدخل فيه العتق على مال لان عدم اعتبار شيء ليس اعتبار عدمه على ما عرف ثم ان مراد صاحب العناية بالذاتيات في قوله لان نسبة الذاتيات اولى

وهذا ليس امر ايجاب بين الفقهاء

من حيث الحيثيات ما هو الداخل في المفهوم وبالعرضيات ما هو الخارج عنه اذ قد تقرر في موضعه ان الذاتيات في الامور الاعتبارية ما اعتبره المعتبر
داخلا فيها والعرضيات ما اعتبره خارجا عنها بخلاف الحقائق النفس الامرية فمعنى الكتابة كون ملك الرقبة لشخص وهو المولى وكون المنفعة لغيره
وهو المكاتب داخل في مفهومها المعتبر عند اهل الشرع واما العتق فامر خارج عن مفهومها وانما هو مآلها الحاصل عند اداء كل البدل وكذا الولاء امر خارج
عنه فانه حكم من احكام العتق فكان مناسبة الكتابة بالاجارة من حيث الذاتية وبالعتق من حيث العرضية فكانت انسب للاجارة من العتق ثم
ان كثيرا من الشراح قالوا وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك واشتراطها فكان انسب بالتقديم اقول هذا امر عجيب منهم فان مجرد شبهها
من بعض الحيثيات بالبيع الذي من بينه وبينها كتب كثيرة غير شبيهة بالبيع من تلك الحيثيات وغيرها كيف يجعل ههنا وجها لتقديمها على الكتابة
وهل تقبله الفطرة السليمة والحق عندي ان وجه تقديم الاجارة هو المناسبة الكائنة بينها وبين ما ذكر قبيلها المبينة في صدر كتاب الاجارات فان
تلك المناسبة لما اقتضت ذكر الاجارة عقيب ما ذكر قبيلها وهو الهبة اقتضت ايضا بالضرورة تقديم الاجارة على المكاتب ولا يفوت امر التعقيب
ثم ان صاحب العناية قال الكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة او ما يؤدي معناه من كل وجه انتهى اقول هذا التعريف خال عن التحصيل قريب
من تعريف الشيء بنفسه فان من لا يعلم معنى الكتابة في الشرع لا يعلم ان العقد الجاري بين المولى وعبده بلفظ الكتابة او ما يؤدي معناه ماذا بل
معرفة الثاني تتوقف على معرفة الاول كما لا يخفى ولعل الباعث على وقوع صاحب العناية في هذا المضيق ان صاحب النهاية لما قال واما الكتابة
شرعا فانها عبارة عن عقد بين المولى والعبد بلفظ الكتابة او بلفظ يؤدي معناه من كل وجه على ما يجيء على اداء العبد مالا معلوما يقابله عتق يكمل
له عند ادائه انتهى حسب صاحب العناية ان تعريف الكتابة شرعا قد انتهى عند قوله او بلفظ يؤدي معناه من كل وجه فقطع به الكلام في كتابه وليس
الامر كما حسبه فان قول صاحب النهاية على اداء العبد مالا معلوما الى آخره من تمام التعريف متعلق بقوله عقد بين المولى والعبد بيان للمعقود عليه
والمعقود به فيحصل بالمجموع معرفة معنى الكتابة شرعا كما ترى ثم ان الاظهر في تعريفها الشرعي ما ذكر في الكافي والكفاية بان يقال الكتابة تحرير
يدا في الحال ورقبة عند اداء المال او ما ذكر في الوقاية وغيرها بان يقال الكتابة اعتاق المملوك يدا حالا ورقبة مآلا فليتدبر **قوله وهذا ليس امر ايجاب
باجماع بين الفقهاء** قال تاج الشريعة وصاحب الكفاية حتى الفقهاء لان عند اصحاب الظواهر كداود الاصفهاني ومن تابعه ان هذا امر ايجاب حتى
اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه ان يكاتبه انتهى اقول بقي اشكال وهو ان صاحب الكشاف قال في تفسير هذه الآية
وهذا الامر للندب عند عامة العلماء وعن الحسن ليس ذاك بعزم ان شاء كاتب وان شاء لم يكاتب وعن عمر رضي الله عنه هي عزمة من عزمات الله
وعن ابن سيرين مثله وهو مذهب داود انتهى فعلى هذا كيف يتم القول بان هذا الامر ليس للايجاب باجماع بين الفقهاء وعمر رضي الله عنه من اجلة الصحابة
المعروفين بالفقه والرواية وابن سيرين رحمه الله تعالى من اعيان التابعين ومن كبار الفقهاء وعن هذا قالوا جالس الحسن وابن سيرين فقول عمر و
ابن سيرين بالوجوب ينافي ادعاء الاجماع بين الفقهاء في ان ليس هذا الامر للايجاب اللهم الا ان يقال ان ما ذكر في الكشاف انما يدل على ان الوجوب في
في هذا الامر رواية مختلفة عن عمر وابن سيرين لا انه مذهبهما المقرر وكلام المصنف بناء على ما كان مذهبا مقررا بين الفقهاء فتامل وقال صاحب
معراج الدراية وبقوله باجماع الفقهاء يحترز عن قول داود ومن تابعه وعمرو بن دينار وعطاء ورواية صاحب التقريب من اصحاب الشافعي ورواية عن احمد
فانهم قالوا يجب الكتابة اذا سأل العبد اذا كان ذا امانة وذا كسب ذا الامر يفيد الوجوب على تقدير علم الخيرية انتهى كلامه اقول فيه نظر فان كثيرا

والثاني اوجه وهو ان في الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه اما الندبية فمتعلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان
لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد
من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال
عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم وما اخترناه قول زيد رضي الله عنه
ويعتق باداءه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع

من هؤلاء الفقهاء سيما الشافعي واحمد فكيف يتم الاحتراز بقوله باجماع الفقهاء عن قولهم بالايجاب في هذا الامر وقولهم ذلك ينافي ادعاء اجماع الفقهاء على عدم الايجاب في هذا الامر فاني يتيسر الاحتراز به عنه اللهم الا ان يقال لعل المراد الاحتراز على عدم تسليم فقه بعضهم وعلى عدم تسليم ثبوت قول بعضهم بناء على عدم الاعتداد برواية القول بذلك فتامل **قوله** وانما هو امر ندب هو الصحيح هذا احتراز عما قال بعض مشايخنا ان الامر للاباحة للندب كما في قوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله تعالى ان علمتم فيهم خيرا ذكر على وفاق العادة فانها جرت على ان المولى انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا كذا في الشروح اقول هذا وبما قبله من قول بعض العلماء بكون الامر فيه للوجوب ليظهر اختلال ما ذكره الامام الزاهدي في شرح مختصر القدوري في هذا المقام حيث قال وانه للندب باجماع الامة انتهى اذ قد علم منهما ان كون الامر للندب في قوله فكاتبوهم ليس مما وقع عليه اجماع الامة بل مما وقع فيه اختلافهم ولكن المختار هو القول بانه للندب كما هو مذهب اكثر العلماء **قوله** وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه تقريره ان في الحمل على الاباحة الغاء الشرط وهو قوله ان علمتم فيهم خيرا لان الاباحة ثابتة بدونه بالاتفاق وكلام الله منزه عن ذلك كذا في العناية وغيرها واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا انتهى اقول هذا ساقط لان معنى عدم اعتبار مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا ان التقييد بالشرط لا يدل على نفي الحكم عما عداه لا ان ليس في ذكره فائدة اصلا فان هذا لا يليق بكلام البشر فضلا عن كلام خالق القوى والقدر نعم يرد على ذلك منع ان في الحمل على الاباحة الغاء الشرط المذكور بل فيه فائدة وهي اخراج الكلام على مجرى العادة كما صرح به من قال للاباحة على ما ذكر في عامة الشروح **قوله** والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله اقول لقائل ان يقول على هذا لا يكون في الحمل على الاباحة الغاء الشرط لان عقد الكتابة يصير بدون الشرط حينئذ مكروها لا مباحا اذ قد تقرر في علم الاصول ان المباح ما استوى طرفاه فعله وتركه وان المكروه ما كان طرف تركه اولى واذا كان الافضل عند انتفاء الشرط المذكور على المعنى المزبور ان لا يكاتبه كان جانب الترك اولى فيصير عقد الكتابة اذ ذاك مكروها لا مباحا فينافي قوله فيما قبل وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه فليتامل **قوله** لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد الى آخره قال تاج الشريعة فان قلت اختلاف الصحابة في المسئلة وتكلمهم فيها بالراي يدل على زيافة الحديث كما عرف ولهذا ارتفقنا ما روى اصحاب الشافعي انه عليه السلام قال ابتغوا في اموال اليتامى خيرا كيلا ياكلها الزكوة في ايجاب الزكوة في مال الصبي بان الصحابة رضي الله تعالى عنهم اختلفوا في هذه المسئلة ولم يحتج احد منهم بهذا الحديث قلت جاز انه ما بلغ اليهم انتهى كلامه اقول في الجواب بحث لانه مشترك الالزام اذ يجري في كل موضع وقع فيه اختلاف الصحابة ان يقال جاز ان لم يبلغ اليهم الحديث فيلزم ان لا يتم الاستدلال باختلاف الصحابة في المسئلة وتكلمهم فيها بالراي على زيافة حديث قط مع انه خلاف ما عرف والاظهر في الجواب ان يمنع كون اختلاف الصحابة في هذه المسئلة بالراي ويقال يجوز ان يكون اختلافهم فيها باعتبار ورود حديث آخر بخلاف ذلك كما روي انه عليه السلام قال اذا اصاب المكاتب ميراثا ورث بحساب ما عتق منه وروي انه عليه السلام قال يؤدي المكاتب بحصته ما ادى دية حر وبما بقي دية عبد كما ذكر في بعض الكتب الذي يدل على زيافة الحديث انما هو اختلافهم بالراي لان استعمال الراي في موضع النص لا يجوز على ما عرف في الاصول **قوله** ويعتق باداءه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير تصريح كما في البيع وعند الشافعي لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا على انك ان اديته الي فانت حر قال كثير من الشراح وحاصل الاختلاف بيننا وبينه راجع الى تفسير الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا ضم حرية اليد الى حرية الرقبة

ولا يحط شيء من البدل اعتبارا بالبيع **قال** ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما وقال الشافعي رح لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية قبله للرق بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فتثبت به ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد الى الرق **قال** وتجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل البيع والشراء لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي رح يخالفنا فيه وهو بناء على مسئلة اذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع **قال** ومن قال لعبده جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول النجم كذا واخره كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق فان هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير الكتابة ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر فهذه مكاتبة في رواية ابي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ ابي حفص رح لا يكون مكاتبة اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة **قال** واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه اما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه او لتحقيق مقصود الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى واما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتاخره لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من جهه فان اعتقه عتق بعتقه لانه مالك لرقبته ويسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بحصول العتق له وقد حصل دونه **قال** واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان وان جنى عليها او على ولدها لزمته الجناية لما بينا وان اتلف مالا لها غرم لان المولى كالاجنبي في حق اكسابها ونفسها اذ لو لم يجعل كذلك لاتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد

عند الاداء وكانه قال وجبت حرية اليد في الحال وحرية الرقبة عند الاداء ولو نص على هذا عتق عند الاداء كذا هذا وعند الشافعي تفسيرها نجم نجم الى نجم ولو نص عليه بان قال ضربت عليك الفا على ان تؤديها الى كل شهر كذا لم يعتق كذا هذا انتهى كلامهم وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا عن الحواشي التي جلالية منقول فيما عن المبسوط ولا يخفى عليك ان ما ذكره من الضم ليس تفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف انتهى اقول تنصيص المصنف عليه ممنوع كما لا يخفى على الناظر في عبارته ههنا بل لا يبعد ان يدعي تنصيصه على خلافه بعد صفحة حيث قال اما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم انتهى ولئن سلم ذلك فكون الضم المذكور موجب العقد لا ينافي كونه تفسير الكتابة لان موجب الشيء من لوازمه وتفسير الشيء بلازمه ليس بعزيز كما هو حال الرسوم عامة لئن سلم ذلك ايضا فيجوز ان يكون معنى قولهم راجع الى تفسير موجب الكتابة على حذف المضاف كما هو الطريقة الشائعة المسماة بالمجاز بالحذف ومنها قوله تعالى وجاء ربك اي امر ربك وقوله تعالى واسأل القرية اي اهل القرية الى غير ذلك فلا معنى لرد كلام الثقات بما هو وهم محض **قوله** ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع وقال الشافعي يستحق عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم فان الامر المطلق للوجوب والجواب ان دلالة الآية على ذلك ممنوعة لانه قال من مال الله وهو يطلق على اموال القرب كالصدقات والزكوة وكان الله تعالى امرنا بان نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا بها على اداء الكتابة والمامور به الايتاء وهو الاعطاء والحط لا يسمى اعطاء والمال الذي آتانا الله هو ما في ايدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فحمله على حط ربع بدل الكتابة حمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به الندب كالذي في قوله فكاتبوهم لا يقال القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم الا انا نجعل القرآن موجبا بل نقول الامر المطلق عن قرينة غير الموجب للوجوب وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك كذا في العناية اقول فيه نظر لان قوله تعالى فكاتبوهم لا يصلح ان يكون قرينة لكون الامر في قوله وآتوهم لغير الوجوب بدون ملاحظة ايجاب القرآن في نظم القرآن في الحكم اذ لا دلالة في مجرد كون امر لغير الوجوب على كون امر آخر ايضا لذلك حتى يجعل كون الامر في قوله فكاتبوهم للندب قرينة لكون الامر في وآتوهم ايضا كذلك **قوله** بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فتثبت قال صاحب العناية ولقائل ان يقول احتمال القدرة في حق المكاتب ثبت لان المسلمين مامورون باعانته والطرق متسعة من الاستدانة والاستقراض واستيهاب واستعانة بالزكوة والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت انتهى وقد اقتفى اثره الشارح العيني اقول هذا السؤال ليس بوارد لانه ان اريد ان احتمال القدرة قبل العقد ثبت في حق المكاتب فليس بذاك قطعا اذ لا اهلية فيه للملك قبل العقد قط فانى تثبت له احتمال القدرة على المال قبله فان اريد بان احتمال القدرة عقيب العقد ثبت في حقه فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعا لان مدار فرق الشافعي بين الكتابة وبين السلم على اصله انما هو ثبوت احتمال القدرة على المبيع للعاقد قبل العقد في السلم لكون العاقد فيه اهلا للملك قبل العقد بخلاف الكتابة فان العاقد فيها ليس باهل للملك قط قبل العقد فلا يتصور ثبوت القدرة على البدل له قبل العقد وهذا امر ضروري لا مجال لانكاره فلا وجه للمناقشة فيه كما نقله الشارحان المزبوران والحق في الجواب عما قاله الشافعي رح ههنا ان يسلك طريقة القول بالموجب فيقال سلمنا ان العبد قبل عقد الكتابة لا يملك شيئا من الاموال ولا يقدر عليه لعدم اهليته للملك قبله ولكن ثبوت الملك والقدرة عليه حال العقد انما يشترط في حق المعقود عليه دون المعقود به الا يرى ان المفلس لو اشترى اموالا عظيمة يصح شراؤه وان لم يكن هو مالكا لشيء من الثمن وبدل الكتابة معقود به فلا يلزم ان يكون العبد مالكا له حال عقد الكتابة بخلاف المسلم فيه فانه معقود عليه وقد اشار اليه المصنف فيما بعد حيث قال ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه انتهى تدبر **قوله** اما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه

فصل في الكتابة الفاسدة **قال** واذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة اما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة **قال** فان ادى الخمر عتق وقال زفر رح لا يعتق الا باداء قيمة الخمر لان البدل هو القيمة وعن ابي يوسف رح انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى وعن ابي حنيفة رح انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة وصار كما اذا كاتب على ميتة او دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيهما وموجبه العتق عند اداء العوض المشروط واما الميتة فليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع **قال** ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد الكا

قال صاحب العناية في شرح هذا المحل اما الخروج من يده فليتحقق معنى الكتابة لغة وهو الضم فيضم مالكية يده الحاصلة في الحال الى مالكية نفسه التي يحصل عند الاداء قال فان قيل ضم الشيء الى الشيء يقتضي وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم اجيب بان مالكية النفس قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الارش ولو وطئ المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم انتهى كلامه اقول فيه خلل لان هذا الجواب ينافي قوله فيما قبل الى مالكية نفسه التي تحصل عند الاداء لان مقتضى هذا الجواب ان يكون المضموم والمضموم اليه موجودين في الحال ومدلول ما قاله اولا ان يكون المضموم اليه حاصلا عند الاداء لا في الحال والا يلزم ان تكون قوله التي تحصل عند الاداء لغوا محضا كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء بعد ان تنبه لما قلنا قال لا يخفى عليك ايضا ان الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج الى هذا بل يجوز ان يقال الضم انما يتحقق حين وجود مالكية النفس على قياس ضم النجم الى النجم انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ لو كفى تحقق الضم حين مالكية النفس لبطل اصل كلام المصنف وهو قوله اما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فان تحقق الضم حين مالكية النفس لا يتوقف على الخروج من يده في الحال بل تيسر بالخروج من يده حين مالكية النفس التي تحصل عند الاداء على ما مر ومبنى السؤال والجواب على تصحيح كلام المص فلا بد من المصير الى تحقيق معنى الضم في الحال

فصل في الكتابة الفاسدة آخر الكتابة الفاسدة عن الصحيحة لانحطاط رتبة الفاسدة عن الصحيحة **قوله** اما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم عبر عن مسئلتي الكتابة على الخمر والكتابة على الخنزير بالاول دون الاولين لاتحادهما في جهة الفساد وهي عدم تحقق المالية في شيء من الخمر والخنزير في حق المسلم فكانهما صارا مسئلة واحدة والا فهما مسئلتان مستقلتان في الحقيقة كمسئلة الكتابة على القيمة وقد ادى الى هذه النكتة في بسط المسائل ايضا حيث اساد كلامه على عند ذكر القيمة دون ذكر الخنزير كما ترى وعن هذا عبر عن عقد الكتابة على قيمة العبد بالثاني فقال واما الثاني فلان القيمة مجهولة الى آخره مع انه في الحقيقة مسئلة ثالثة بلا ريب **قوله** وعن ابي يوسف انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى قال صاحب النهاية وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى هذا كان من حقه ان لا يخص ابا يوسف وان لا يذكر كلمة عن انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية قلت يصحيح ان كان الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه واما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكره في بعض الشروح فيجوز ان يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن ابي يوسف انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل ما في النهاية والعناية جميعا قلت سواء جعل الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه او عن الخمر فعتقه باداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم والشراح ما جعلوا الالف واللام في القيمة الا بدلا عن نفسه كما صرح به تاج الشريعة وغيره انتهى اقول ما قاله الشارح العيني ليس بشيء اما اولا فلان ظاهر الرواية انما هو عتقه باداء الخمر وباداء قيمة نفسه المروي عن ابي يوسف ههنا بكلمة عن على تقدير ان يجعل الالف واللام في القيمة بدلا عن الخمر انما يكون عتقه باداء عين الخمر وباداء قيمة الخمر وهذا غير ظاهر الرواية قطعا اذ لا يلزم من اشتراك الروايتين في احد الجزئين وهو عتقه باداء عين الخمر اتحادهما ضرورة اختلافهما بالجزء الآخر وهو عتقه باداء قيمة نفسه في ظاهر الرواية وعتقه باداء قيمة الخمر في الرواية الاخرى فقوله سواء جعل الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه او عن الخمر فعتقه باداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم لغو محض واما ثانيا فلان صاحب غاية البيان من الشراح جعل الالف واللام في القيمة بدلا عن الخمر حيث قال في شرح المقام وابو يوسف قال ان كل واحد من عين الخمر وقيمتها بدل الخمر باعتبار الصورة والقيمة باعتبار المعنى فعتق اذا ادى ايهما كان انتهى واشار الى ذلك صاحب العناية بقوله واما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في

وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فتجب القيمة بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة لانه هو البدل لما امكن اعتبار معنى العقد فيه واثر الجهالة في الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب

بعض الشروح فقول العيني والشارح ما جعلوا الالف واللام في القيمة الا بدلا عن نفسه ان اراد به الكلية كما هو الظاهر فليس بصحيح والا فليس بمفيد
قوله وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فتجب القيمة بالغة ما بلغت قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وهذا اي وجوب القيمة بالغة ما بلغت لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعدم الاخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء والعبد رضي بالزيادة سواء كانت في القيمة او في المسمى كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فانه ان لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فتفوت له ادراك شرف الحرية انتهى كلامه اقول هذا الشرح غير مطابق للمشروح وغير تام في نفسه اما الاول فلان الظاهر ان كلمة هذا في قول المصنف وهذا اشارة الى مضمون قوله ولا تنقص عن المسمى وتزاد عليه والمعنى هذا اي ما ذكر من عدم النقصان عن المسمى والزيادة عليه لان المولى ما رضي بالنقصان عن المسمى والعبد رضي بالزيادة عليه كيلا يبطل حقه في العتق بالكلية فحينئذ ينتظم الدليل والمدعى بلا كلفة اصلا ويرشد اليه تحرير صاحب الكافي حيث قال ولا تنقص عن المسمى وتزاد عليه لان المكاتب رضي بالمسمى وزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا والمولى ما رضي بالنقصان عنه انتهى واما على ما ذكره صاحب العناية من كون كلمة هذا اشارة الى وجوب القيمة بالغة ما بلغت فيختل كلام المصنف لانه اما ان يكون المراد بالنقصان في قوله لان المولى ما رضي بالنقصان هو النقصان عن القيمة فيلزم ان يكون قوله فيما قبل ولا تنقص عن المسمى خاليا عن التعليل والبيان عن الكلية مع انه مطلب مقصود بالبيان ههنا كما لا يخفى او يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى فيلزم ان لا يطابق الدليل المدعى وان لا يفيده اذ لا يستدعي عدم رضى المولى بالنقصان عن المسمى الا وجوب المسمى دون وجوب القيمة بالغة ما بلغت بجواز ان تكون القيمة اكثر من المسمى او يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى والقيمة جميعا كما يفصح عنه قول الشارح المزبور لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة فيرد عليه ان يقال ان عدم رضاه بالنقصان عن المسمى مما لا دخل له في وجوب القيمة بالغة ما بلغت فما معنى تعميم النقصان ههنا للنقصان عن المسمى ولعل الشارح المسطور انما اغتر بقول المصنف في آخر كلامه فتجب بالغة ما بلغت ولكنه تفريع على قوله والعبد رضي بالزيادة الى آخره لا على مجموع الدليل فلا وجه للاغترار بذلك ايضا واما الثاني اي انه غير تام في نفسه فلان قوله لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة ممنوع كيف وتنصيص المولى على قدر معين مسمى دليل على رضاه به قطعا سواء كان ناقصا عن القيمة ام لا فما يخالف رضاه انما هو النقصان عن المسمى لا غير ولئن سلم ذلك فينتقض بالكتابة الصحيحة اذا كان البدل المسمى فيها اقل من القيمة فانه لا يجب هناك الزيادة على المسمى من القيمة قطعا مع جريان الدليل المذكور ههنا في تلك الصورة ايضا على تقدير صحة تعميم النقصان في قوله لان المولى ما رضي بالنقصان النقصان الكائن في المسمى وفي القيمة تأمل تقف ثم قال صاحب العناية ولعل التصوير على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق باداء عين الخمر فكيف يتصور بطلان حقه في العتق اصلا بعدم الرضا بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان الذي يلزم من عدم الرضا بالزيادة عند ابتداء العقد انما هو عدم ثبوت العتق له اصلا لا بطلان حقه في العتق بعد ثبوت حقه فيه كما يقتضيه عبارة المصنف وهي قوله كيلا يبطل حقه في العتق اذ الظاهر ان بطلان حق شخص في شيء انما يكون بعد تعلق حقه به اولا ومورد ما قيل انما هو قول المصنف كيلا يبطل حقه في العتق اصلا كما صرح به في النهاية وغيرها فكيف يسقط ذلك بما ذكره الشارح المزبور الزيادة والنقصان عند ابتداء العقد واجاب جماعة من الشراح عن ذلك السؤال بوجه آخر حيث قالوا فان قيل ما وجه قوله كيلا

[illegible]

ثم يبطل حقه في العتق واستبدال القيمة بعد تقرير العتق باداء الخمر وانه لا يقبل الابطال فكيف ينفذ ابطال حقه في العتق قلنا يحتمل ان القاضي يرى صحته وروي عن ابي حنيفة انه اذا كاتبه على الخمر ولم يقل ان اديتها فانت حر فادى الخمر لا يعتق فلو قضى القاضي بتلك الرواية يبطل حقه في العتق انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان مقتضى هذا الجواب ان يكون قوله كيلا يبطل حقه في العتق علة لعدم قضاء القاضي بتلك الرواية لا لرضاه بالزيادة والمذكور في الكتاب خلافه والكلام فيما ذكر في الكتاب . فلا يتم ذلك الجواب واما ثانيا فلان ذلك على التقدير تمامه انما يمشي في صورة ان لم يقل المولى للمكاتب على الخمر ان اديتها فانت حر لا في صورة ان قال له ذلك اذ لا رواية لعدم العتق عند اداء الخمر في هذه الصورة فلا يرى القاضي فيها مع ان الكتاب فيه يعم الصورتين كما لا يخفى فيبقى السؤال في صورة ثم ان صاحبي النهاية ومعراج الدراية ردا على المصنف ههنا حيث قالا ثم قوله كيلا يبطل حقه في العتق لا يصلح تعليلا لقوله والعبد يرضى بالزيادة لانه يحتمل ان يكون العبد غير راض بالزيادة على المسمى وان بطل حقه لان ذلك نفع مشوب بالضرر لان تحمل الزيادة ضرر عليه وان كان عتقه نفعا له انتهى اقول ليس ذاك بسديد لان تحمل الزيادة انما يكون ضررا عليه لو ثبتت الزيادة باقية على ملكه عند عدم تحمل تلك الزيادة واختيار الرق وليس كذلك لامحالة فانه اذا اختار الرق يصير جميع ما اكتسبه ملكا لمولاه [illegible] بعد ذلك اي ان يستعمله كيف يشاء ويحصل به اكثر من تلك الزيادة فلم يظهر في رضى العبد بالزيادة ضرر عليه ولا في عدم رضاه نفع له اصلا ثم قالا والدليل في تأويل ذلك ان يقال لان العبد لما عقد عقد الكتابة الفاسدة مع مولاه كان قابلا قيمة نفسه بالغة ما بلغت لان ذلك موجب عقد الكتابة الفاسدة [illegible] اقدم عليه باختياره ورضاه ثم قيمة نفسه قد تربو على المسمى وكان راضيا بالزيادة على المسمى ضرورة انتهى اقول وهو ايضا ليس بسديد لان في التعليل بما ذكراه مصادرة على المطلوب فانا لا نسلم ان يثبت بدليل ان موجب الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت ومن جملة مقدمات ذلك قوله والعبد يرضى بالزيادة فلو عللنا هذه المقدمة بما يبتني على كون الواجب في عقد الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت لزم مصادرة قطعا ثم اقول بقي شيء في كلام المصنف وهو ان قوله لان المولى ما رضي بالنقصان الى آخره دليل شاف مفيد لتمام المدعى وهو ان لا ينقص القيمة عن المسمى وتزاد عليه الا ان قوله لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد يرى مستدركا منها لانه صار مستغنى عنه بما ذكر قبله من قوله لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع وليس له دلالة على تمام المدعى فانه لا يدل على ان لا تنقص القيمة عن المسمى فلم يكن في ذكره فائدة وكان الاولى طرحه من البين كما في الكافي **قوله** لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف اجناسه فلا يثبت العتق بدون ارادته قال صاحب العناية وتقريره ان الثوب موجود والعوض يقتضي ان يكون مرادا والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فلا يكون مرادا فتعين ان يكون المتعين مرادا والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف اجناسه فلا يعتق بدون ارادته بخلاف القيمة فانها وان كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين انتهى كلامه اقول فيه كلام اما اولا فلانه ان اراد بالمطلق في قوله والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فردا مبهما من الثوب فلا نسلم انه ليس بموجود في الخارج اذ الابهام انما يتأتى في التعيين لا في الوجود في الخارج وكم من شيء مبهم موجود في الخارج وان لم يتعين خصوصيته عندنا وان اراد بذلك مفهومه الكلي فنسلم انه ليس بموجود في الخارج ولكن لا نسلم حينئذ قوله فتعين ان يكون المتعين مرادا لجواز ان يكون المراد هو المبهم فلابد من بيان لبطلان هذا الاحتمال ايضا واما ثانيا فلان المنع ان يمتنع امكان تدارك مراده بتقويم المقومين في صورة الكتابة على القيمة بناء على تقرير [illegible] صحة الكتابة على الثوب او قد حكم فيه بتعين كون المتعين مرادا وتعذر الاطلاع

ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى **قال** واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة استحسانا ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر في النكاح اما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشمل اجناسا مختلفة فيتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فيعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع

على ذلك لاختلاف اجناسه ولا شك ان الامر كذلك في صورة الكتابة على القيمة ايضا الا يرى الى قول المصنف فيما مر واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كانت على ثوب او دابة انتهى فكيف يمكن اطلاع المقومين على مراده في صورة الكتابة على القيمة حين تعيين جنسه ثم قال **قوله** ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى يعني انهما يسلمان الاصل المذكور ولكن يقولان ان ذلك فيما صح استثناؤه من غير ان يورد فساد العقد وههنا استثناء العبد بعينه من الدراهم غير صحيح لاختلاف الجنس وانما يصح استثناؤه منها باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدل الكتابة لتفاحش جهالتها قدرا وجنسا ووصفا كما مر في اول الفصل فكذلك لا تصلح ان تكون مستثنى من بدل الكتابة كذا في الشروح والكافي اقول يرد على هذا التعليل انه يقتضي ان لا تصح الكتابة فيما اذا شرط ان يرد المولى عليه عبدا معينا ايضا مع انه فيها ايضا بعينه فان قيمة العبد المعين ايضا مجهولة جهالة فاحشة ولهذا الوكاتبه عليها لم يصح كما مر في اول الفصل وعدم المجانسة بين عين العبد المعين وبين الدراهم ايضا ظاهر مع انهم صرحوا بان الكتابة صحيحة بالاتفاق فيما اذا شرط ان يرد عليه عبدا معينا فالعجب من صاحبي الدرر والغرر انه علل هذه المسئلة بوجه آخر وعزاه الى الزيلعي واورد عليه النقض بما اذا شرط ان يرد عليه عبدا معينا وجعل الوجه المذكور في الكتاب هو الصواب وعزاه الى الكافي حيث قال لان هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لان ما كان من المائة بازاء الوصيف الذي يرده المولى بيع وما كان منها بازاء رقبة المكاتب كتابة فيكون صفقة في صفقة فلا يجوز للنهي عنها كذا قال الزيلعي ويرد عليه انه يقتضي عدم صحة العقد اذا شرط ان يرد عليه عبدا معينا او امة معينة والقوم صرحوا بخلافه والصواب ما في الكافي وهو ان بدل الكتابة ما في هذه الصورة مجهول القدر فلا يصح كما لو كاتبه على قيمة الوصيف وهذا لان العبد لا يمكن استثناؤه من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح ان تكون بدل الكتابة لجهالتها فكذا لا تصلح ان تكون مستثنى من بدل الكتابة انتهى ولا يخفى على ذي فطانة انه لا فرق بين الوجه الذي عزاه الى الزيلعي والوجه الذي عزاه الى الكافي في ورود النقض بالصورة المذكورة عليهما فرد الاول بورود ذلك عليه واستصواب الثاني ليس بمعقول كما لا يخفى **قوله** اما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشمل اجناسا فيتفاحش الجهالة بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة قال في العناية واعترض على المصنف بان شمول اللفظ للاجناس ان منع الجواز ما جازت فيما اذا كانت على عبد لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة ان العبد يتناول اجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد والجواب ان اللفظ ان يشمل اجناسا عالية كالدابة مثلا او متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقا في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها وان يشمل اجناسا سافلة كالعبد منع فيما بني على المماكسة كالبيع والوكالة لا فيما بني على المسامحة كالكتابة والنكاح انتهى اقول ليس السؤال بشيء ولا الجواب اما الاول فلانا لا نسلم ان شمول اللفظ للاجناس ان منع الجواز ما جازت فيما اذا كاتب على عبده وقوله لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة ان العبد يتناول اجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد فرية بلا مرية لان المصنف ما ذكر قط في كتاب الوكالة ولا في موضع آخر ان العبد يتناول اجناسا والذي ذكره في كتاب الوكالة انما هو ان العبد يشمل انواعا وان ما يشمل انواعا لا يصح التوكيل بشرائه الا ببيان الثمن او النوع فانه قال هناك ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان بين النوع كالتركي والحبشي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن

ولنا انه معاوضة مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه يبتنى على المسامحة بخلاف البيع لان مبناه على المماكسة **قال** واذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز معناه اذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر لانها مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفي التسليم ذلك اذ الخمر غير متعين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة اما البيع لا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا **قال** واذا قبضها عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو اداها عتق وقد بيناه من قبل والله اعلم

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

لما ذكرنا آنفا فهل يتوهم العاقل من ذلك الكلام ان العبد يتناول جنسا ساحتى يجعله مدارا للاعتراض على المصنف ههنا وقد سبق الى هذا التوهم صاحبا النهاية ومعراج الدراية ولعمري انه من العجائب من امثال هؤلاء الفحول واما الثاني فلان الجواب المزبور مع ابتنائه على القول بمراتب الاجناس الذي هو من اصطلاح اهل المعقول دون اصطلاحات اهل الفقه بمعزل عما يفهم من كلام المصنف في المقامين اعني في كتاب الوكالة وفيما نحن فيما ههناك فلما عرفت آنفا واما فيما نحن فيه فلانه لو كان مراده ما في الجواب المزبور لزمه ان يقيد الجنس في قوله ومعناه ان تبين الجنس بالجنس العالي والمتوسط اذ بيان الجنس الاسفل ليس بواجب على مقتضى ذلك الجواب فلا بد من البيان **قوله** ولنا انه معاوضة مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه يبتنى على المسامحة بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولنا ان هذا الذي قاله الشافعي قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما ان يكون من حيث ابتداؤها او من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في مقابلة فك الحجر في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح في الانتهاء في ان مبنى كل منهما على المسامحة وهذا المقدار كاف في الحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة زيادة استظهار انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلانه جعل المصنف فاشبه النكاح متفرعا على الشق الثاني فقط حيث قال فاشبه النكاح في الانتهاء وليس بتام لان كون النكاح في الابتداء معاوضة مال وهو المهر بغير مال وهو منفعة البضع ظاهر مقرر عندهم في محله واما كونه في الانتهاء معاوضة مال بمال فغير ظاهر وما لم يقل به احد من الشراح ههنا سوى تاج الشريعة والعيني فانهما قالا في تعليل قول المصنف فاشبه النكاح لان منافع البضع مال عند الدخول فيكون معاوضة مال بمال انتهى وكان حق المقام ان يجعل قوله فاشبه النكاح متفرعا اما على الشق الاول فقط او على مجموع الشقين واما ثانيا فلانه قال وهذا المقدار كاف في الحاقها بالنكاح وجعل قول المصنف بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة لزيادة الاستظهار وليس هذا ايضا بتام لان مجرد مشابهة شيء لشيء في وجه لا ينافي مشابهته لغيره في ذلك الوجه او في وجه آخر فمشابهة عقد الكتابة للنكاح فيما ذكر لا ينافي مشابهته للبيع ايضا فلو لم يذكر قوله بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة لما ظهر اختصاص ما ينبك المشابهة بالنكاح حتى يثبت عدم صحة قياس الشافعي عقد الكتابة على البيع كما هو المطلوب على ما هو المفصح عنه قول الشارح المزبور ولنا ان هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما ان يكون من حيث الابتداء او من حيث الانتهاء الى آخره فكان قوله بخلاف البيع عمدة في اثبات المطلوب ولم يكن لزيادة الاستظهار قط

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله الظاهر ان اكتفاء المصنف في عنوان هذا الباب بما يجوز للمكاتب ان يفعله لكونه العمدة المقصود بالذات والا فقد ذكر في هذا الباب كثيرا مما لا يجوز للمكاتب ان يفعله كما ترى ثم ان صاحب العناية قال لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز له فان جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول لا يذهب على من له ادنى مسكة سماجة التعليل بقولهما فان جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح فان هذا التعليل انما يقتضي تاخير هذا الباب عن احكام الكتابة الصحيحة لا عن احكام الكتابة الفاسدة بل تقديمه عليها فلا يتم التقريب وقال صاحب النهاية لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب ان يفعله وان لا يفعله انتهى اقول هذا اسلم مما يتجه على ما ذكره الشارحان المزبوران لكن فيه ايضا سماجة فان جعل قوله وان لا يفعله في خبر يجوز وعطفه على ان لا يفعله فصار المعنى شرع في بيان ما يجوز ان يفعله المكاتب وما يجوز ان لا يفعله ولا شك ان الذي ذكر في هذا الباب وقصد بيانه انما هو ما يجوز ان يفعله المكاتب وما لا يجوز ان يفعله كما يفصح عنه قوله ولا يتزوج ولا يهب ولا يتصدق ولا يتكفل

قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لان موجب الكتابة ان يصير حرا يدا وذلك بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله الى مقصوده وهو نيل الحرية باداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق في الحضر فيحتاج الى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في اخرى **قال** فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا لان هذا الشرط يخالف مقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فيبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناها بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الاصل او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة **قال** ولا يتزوج الا باذن المولى

ولا يعرض لامجرد ما يجوز ان لا يفعله فان جواز ان لا يفعل شيئا لا ينافي جواز ان يفعله ايضا كما في الاشياء المباحة التي يستوي فيها جانبا الفعل والترك وما نحن فيه ليس كذلك قطعا **قوله** ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر قال صاحب العناية قد تقدم هذه المسألة في كتاب المكاتب حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكانه اعادها تمهيدا لقوله فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا فانه لم يبين ذلك هناك بتمامه انتهى اقول لا يخفى عليك ان ما يصلح ان يكون تمهيدا للقول المذكور انما هو جواز السفر للمكاتب لا جواز البيع والشراء فحديث الاعادة للتمهيد لا يتم عذرا بالنظر الى مسئلتي البيع والشراء كما ترى وقال بعض الفضلاء لا يخفى عليك ان ما ذكره هناك استطرادا وانما محل ذكره هنا وهذا لفظ القدوري ههنا انتهى اقول وهذا الذي ذكر ههنا ليس بلفظ القدوري وانما لفظه فيجوز له البيع والشراء والسفر نقلا بالتفريع على قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وباظهار المكاتب دون اظهاره والذي ذكر ههنا بالواو بدل فالتفريع وباظهار لفظ المكاتب انما هو لفظ البداية نعم حاصل كلاميهما واحد لكن هذا متحقق فيما ذكره المصنف فيما مر ايضا فانه قال هناك فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر ولا شك ان حاصل معناه متحد بما ذكره ههنا وعن هذا قال في غاية البيان وهذه المسألة وقع بيانها مذكورا لانه ذكرها في اوائل كتاب المكاتب عند قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه الا انه لم يذكر في البداية ثمه قوله فيجوز له البيع والشراء والسفر وذكر جواز البيع والشراء والسفر في هذا الموضع في البداية فلما بلغ في الهداية وهي شرح البداية هذا الموضع ساق الكلام كما ساق من غير اخلال وان كان ذكر جواز البيع والشراء والسفر في الهداية قبل هذا انتهى فيتبصر **قوله** وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا يفسد الكتابة قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني ان الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكن في صلب العقد وهو ان يدخل في احد البدلين كما اذا قال كاتبتك على ان تخدمني مدة او زمانا وهذا ليس كذلك لانه لا شرط لا في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا يفسد به الكتابة انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله ولا فيما يقابله ممنوع فان مقابله فك الحجر والحرية يدا والمنع من الخروج تخصيص الفك والحرية فليتأمل فان مراده بما يقابله هو المكاتب الا ان هذا الشرط لا يختص به ايضا كما سيجيء بعد اسطر انتهى اقول ليس ذاك بشيء لان كون المنع من الخروج تخصيصا للفك والحرية لا يقتضي كونه داخلا فيهما فان تخصيص الشيء قد يكون بامر خارج عنه اخص منه كما اذا عرفت الانسان بالحيوان الضاحك فان قيد الضاحك تخصيص الحيوان بالانسان مع انه خارج عنه قطعا وما نحن فيه من قبيل ذلك ايضا اذ لا ريب ان المنع من الخروج خارج عن حقيقة الفك والحرية وكذا الحال لو كان المراد بما يقابله هو المكاتب فان اختصاص هذا الشرط به لا يقتضي دخوله فيه بل لا مجال لدخوله فيه اصلا كما لا يخفى والذي نفاه صاحب العناية انما هو دخول هذا الشرط في بدل الكتابة او فيما يقابله اذ به يتحقق التمكن في صلب العقد لما عليه **قوله** وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الاصل اقول لقائل ان يقول قد مر في اول هذا الباب في مسألة جواز الكتابة على حيوان غير موصوف انهم الحقنا قالوا بمشابهة عقد الكتابة للنكاح وعملوا بها وردوا على الشافعي قوله بمشابهته البيع فكيف يصح منهم العمل ههنا بشبه البيع ايضا ويمكن ان يجاب عنه بان العمل بالشبهين معا فيما يمكن العمل بهما كما فيما نحن فيه لا ينافي العمل باحدهما بعينه دون الآخر لرجحان الاول على الثاني فيما لا يمكن العمل بهما معا كما في تلك المسألة المارة فتامل **قوله** او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد الى آخره قال صاحب

لأن الكتابة توجب الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى لأن الملك له ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء اليسير لأن الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا ان الشيء اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يتكفل لانه تبرع محض فليس من ضرورات التجارة والاكتساب فلا يملكه بنوعيه نفسا ومالا لان كل ذلك تبرع ولا يقرض لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب فان وهب على عوض لم يصح لانه تبرع ابتداء فان زوج امته جاز لانه اكتساب للمال فانه يتملك به المهر فدخل تحت العقد **قال** وكذلك ان كاتب عبده والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله لان مآله العتق والمكاتب ليس من اهله كالاعتاق على مال وجه الاستحسان انه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الامة وكالبيع وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له **قال** فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيئا يثبت الملك للمولى **قال** فلو ادى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق وان ادى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له لان العاقد من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له

غاية البيان لو قال في جانب المولى اعتاق او قال في جانب العبد عتق كان اولى انتهى اقول كل من شقي كلامه منظور فيه اما شقه الاول فلانه لو قال في جانب المولى اعتاق لم يتم المطلوب لان هذا الشرط ليس في جانب العبد كما صرح به المصنف فلا يلزم من كون الكتابة اعتاقا في جانب المولى ان لا يكون الشرط المذكور مضرا في جانب العبد بخلاف ما اذا كانت اعتاقا في جانب العبد كما لا يخفى فلهذا قال ان الكتابة في جانب العبد اعتاق واما شقه الثاني فلان الاعتاق في قوله في جانب العبد اعتاق مصدر من المبني للمفعول دون المبني للفاعل فيؤول الى العتق وكان قوله في جانب العبد اعتاق وقوله في جانب العبد عتق بمنزلة واحدة كما لا يخفى ثم قال صاحب الغاية وهذا الذي قالوه ضعيف اذ حاصل كلامهم ان الكتابة تشبه العتق والعتق لا يبطل بالشروط الفاسدة فلا تفسد الكتابة ايضا بالشروط الفاسدة لشبهه بالعتق وللقائل ان يقول اذا كان لشبهه بالعتق اثر ينبغي ان لا يفسد الكتابة ايضا اذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعلم ان هذا الوجه من البيان ضعيف والاولى ما بيناه آنفا من رعاية الشبهين الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل اعتراض صاحب الغاية على هذا الوجه ولا يخفى عليك انه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فانها من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل في صلب العقد انتهى ونقول يندفع بقوله في حق هذا الشرط انتهى اقول كل من وجهي دفعه غير سالم اما وجه الاول فلان كون الكتابة من جانب المولى معاوضة متحقق في كل صورة من الكتابة فلو كان ذلك علة للفساد لفسدت بغير الداخل في صلب العقد ايضا وان رجع الى الحمل بكونها معاوضة فيما دخل في صلب العقد وبكونها اعتاقا في غير ما دخل فيه رعاية للشبهين رجع هذا الوجه الى الوجه الاول واما وجه الثاني فلان التقييد بقوله في حق هذا الشرط لا يدفع الاشكال المذكور اذ للقائل ان يقول اذا كان لشبهه بالعتق اثر ينبغي ان يعتبر اعتاقا في غير هذا الشرط ايضا **قوله** لان الكتابة توجب الحجر مع قيام الملك الى ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه قال بعض الفضلاء تامل هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها وقال ولا يخفى انه لا يمكن انتهى اقول بل يمكن تعميمه له اذ الظاهر ان مدار حكمه بانه لا يمكن هو ان المكاتبة بتزويج نفسها تملك المهر فيصير ذلك وسيلة الى اكتساب المال الذي هو المقصود بالكتابة ومأخذ ذلك ما ذكره المصنف فيما سيأتي في تعليل مسئلة جواز تزويج المكاتب امته بقوله لانه اكتساب للمال فانه يتملك به المهر فيدخل تحت العقد انتهى لكنه ليس بتام فان تزويج المكاتبة نفسها وتزويج المكاتب امته فرقا كما صرحوا به في اثناء شرح مسئلة تزويج المكاتب امته فيما سيأتي وقد اوضحه صاحب النهاية حيث سأل هناك بان المكاتب لما ملك تزويج امته بهذه العلة ينبغي ان تملك المكاتبة تزويج نفسها لوجود هذه العلة فيها ينبغي ان تملك المكاتبة لانها تستحق المهر ويسقط النفقة في نفسها وقد ذكر في باب جناية رقيق المكاتب وولده من كتاب عتاق المبسوط ان المكاتبة لا تتزوج بغير اذن المولى واجاب بان تزويج المكاتبة نفسها ليس لاكتساب المال بل للتحصين والعلة فيه ان مقصودها من تزويج نفسها شيء آخر سوى المال فلذلك لم تملك هذا العقد ساكتا وله الذهاب الثابت بالكتابة وقال وبهذا وقع الفرق بين هذا وبين تزويج الامة وعزاه الى المبسوط فتلخص من ذلك الجواب ان الدليل المذكور ههنا يمكن تعميمه لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها ايضا كما لا يخفى تامل تقف نعم قول جماعة من الشراح وصاحب الكافي بعد قول المصنف والتزوج ليس وسيلة اليه بل فيه التزام المهر والنفقة يشعر باختصاص هذا الدليل بالمكاتب اذ التزام المهر والنفقة انما يتصور في حق المكاتب دون المكاتبة لكن الكلام في امكان تعميم الدليل الواقع في عبارة المصنف ثم ان الدليل الاظهر الخالي عن شائبة توهم الاختصاص بالذكر ما ذكره صاحب البدائع حيث قال لا يجوز للمكاتب ان يتزوج بغير اذن مولاه وكذا المكاتبة لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان المولى يملك رقبة المكاتب والمكاتب يملك منافعه ومكاسبه فلا

قال وان اعتق عبده على مال او باعه من نفسه او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه اما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة المفلس فاشبه الزوال بغير عوض وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث فلانه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر **قال** وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا له ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية **قال** فاما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله له ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان

بمنزلة عبد مشترك بين اثنين انه لا ينفرد احدهما بالنكاح انتهى كلامه نعم ما ذكره من الدليلين بعبارته ورد في الذكر ولكن يدل بدلالته على المؤنث ايضا لا محالة **قوله** وان اعتق عبده على مال او باعه نفسه او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه قال صاحب العناية في حل هذا المحل قد تقدم ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة او من ضروراتها واعتاق العبد على مال وغيره مما ذكره ههنا ليس من ذلك فلا يملكه انتهى اقول فيه اخلال بما يقتضيه المذكور بحق المقام في تقرير الكلام حيث قال ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة او من ضروراتها مع انه يملك ايضا ما كان من الاكتساب دون التجارة وضروراتها كتزويج امته وكتابة عبده على ما مر فان الاكتساب اعم من التجارة كما سيجيء فالحق ههنا عبارة المصنف حيث قال لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه لا يقال ان مثل تزويج امته من ضرورات التجارة وان لم يكن من نفس التجارة فاندرج في قوله او من ضروراتها لانا نقول ليس ذلك من ضروراتها ايضا لان المأذون له يملك التجارة اجماعا ولا يملك تزويج امته عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله كما سيأتي وقد تقرر عندهم ان من ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته كما مر من قبل فلو كان ذلك من ضروراتها لملكها المأذون له ايضا اجماعا فلا محيص عن المحذور في كلام الشارح المزبور الا بان يجعل لفظ التجارة في كلامه مجازا عن مطلق الكسب اطلاقا للخاص على العام **قوله** وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب يعني يملك الاب والوصي في رقيق الصغير ما يملكه المكاتب في رقيق نفسه ولا يملكان في رقيق الصغير ما لا يملكه في رقيق نفسه فيملكان تزويج امة الصغير وكتابة عبده لا تزويجه ولا بيعه من نفسه ولا اعتاقه على مال كذا قالوا واعترض عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فيما نقل عنه في الحاشية لقائل ان يقول الاعتاق على مال انفع من البيع على ما مر ولا مانع ههنا بخلاف المكاتب فان كون العتق فوق الكتابة مانع ثمة فاذا ملكا البيع كان ينبغي ان يملكا العتق على مال ايضا انتهى اقول لا يمر في هذا الكتاب في كتابه ولا في شيء من العتق انفع من البيع وانما الذي مر وتقرر في عامة الكتب ان الكتابة انفع من البيع لانها لا تزيل الملك الا بعد وصول البدل الى المالك والبيع يزيله قبله ولا شك ان الاعتاق على مال يزيله قبله ايضا مع ما فيه من اثبات الدين في ذمة المفلس كما مر آنفا فلم يكن انفع من البيع لا محالة ولا نظير البيع فبطل قوله فاذا ملكا البيع كان ينبغي ان يملكا العتق على مال ايضا **قوله** واما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف له ان يتزوج امته اقول في هذا التحرير نوع اشكال لانه ان كان المشار اليه بذلك في قوله فلا يجوز له شيء من ذلك ما ذكر قبيل هذه المسئلة من قوله وان اعتق عبده على مال او باعه نفسه او تزوج عبده لم يجز فمع كون كلمة اما في قوله واما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك مما يأباه اذ حكم ما ذكر قبيله ايضا عدم الجواز ينافيه قوله وقال ابو يوسف له ان يزوج امته فان تزويجه الامة ليس بداخل في ما تيك الصور المذكورة قبيل هذه المسئلة فما معنى بيان خلاف ابي يوسف فيه وان كان المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب فيتجه عليه انه يجوز له البعض ذلك كالبيع والشراء فانهما يجوزان للمأذون له قطعا كما يجوزان للمكاتب فلا معنى للسلب الكلي فان قلت المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب اصالة ومسئلة جواز البيع والشراء والسفر انما ذكرت في اول هذا الباب تمهيدا لقوله فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة الى آخره كما ذكره صاحب العناية ثمة قلت قد عرفت هناك ان ما يصلح للتمهيد انما هو مسئلة جواز السفر دون مسئلتي جواز البيع وجواز الشراء فحديث الذكر للتمهيد دون الاصالة لا يتم عذرا للاهتمام ولا هنا على ان صاحب الوقاية ذكر في هذا الباب ما لا يصح من تصرفات المكاتب بقوله صح بيعه وشراؤه وسفره وان شرط ضده وانكاح امته وكتابة عبده وثانيا ما لا يصح منها بقوله لا تزوجه الا باذنه ولا هبته ولو بعوض وتصدقه الا بيسير وتكفله واقراضه واعتاق عبده ولو بمال ثم لما قال وشيء من ذا لا يصح من مأذون ومضارب وشريك تفطن شارحها صدر الشريعة لما في المشار اليه من الاشتباه والاشكال فحمل الاشارة على المنفيات فقط وهي من قوله لا تزوجه الى آخره لكونها على قرن واحد ولم يحملها على مجموع المنفيات والمثبتات لعدم تمامها في صورتي البيع والشراء من المثبتات واما في هذا الكتاب فلا يتيسر ذلك التوجيه اما اولا فلان المنفيات لم تذكر

هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة ولهما ان المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة فاما المكاتب يملك الاكتساب

فيه على قرن واحد بل كررت كل واحدة من المنفيات في المثبتات مختلطة مع الاخرى فلا يفهم الاشارة الى البعض دون الآخر من اللفظ واما ثانيا فلان قوله وقال ابو يوسف له ان تزوج امته يمنع ذلك لان تزويج الامة من قبيل المثبتات في المكاتب وانا اتعجب من شراح هذا الكتاب كيف لم يتعرض احد منهم ههنا لا للتوجيه ولا للاستشكال مع ظهور الركاكة في التحرير قوله هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة اي ابو يوسف رحمه الله قاس المأذون له على المكاتب فان المكاتب يجوز له ان يزوج امته فكذلك المأذون له واعتبر التزويج بالاجارة فان المأذون له يجوز له ان يوجر عبده وامته فكذلك يجوز له ان يزوج امته كذا في الشروح اقول في كل من قياسه واعتباره نظر اما في الاول فلانه لو صح قياس المأذون له على المكاتب فيما يجوز له لصح قياسه عليه في كتابة عبده ايضا فان المكاتب يجوز له ان يكاتب عبده فينبغي ان يجوز للمأذون له ايضا ان يكاتب عبده بطريق القياس مع ان كتابة المأذون له عبده مما لا يجوز بالاتفاق واما في الثاني فلانه لو تم اعتبار التزويج بالاجارة من حيث ان جوازها للمأذون له يقتضي جوازه له ايضا لزم ان لا يجوز تزويجه عبده ايضا كما يجوز اجارة عبده وقد نصوا عليه انه لا يجوز له تزويج عبده بالاجماع ثم ان صاحب النهاية قال ثم استعمل لفظ القياس في العينين وهما المأذون والمكاتب ولفظ الاعتبار في الفعلين وهما التزويج والاجارة لان المماثلة بين هذين العينين ظاهرة اذ في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف فكان شرط القياس موجودا فاستعمل لفظ القياس لذلك واما في هذين الفعلين فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لا غير لما ان الاجارة من المعاوضات المالية من الجانبين لان للمنفعة حكم المالية الا ترى ان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة بمقابلة المنافع كما لا يثبت دينا بمقابلة الاموال الحقيقية في البيع فكان استعمال لفظ الاعتبار هناك اليق انتهى كلامه اقول فيه بحث اما اولا فلانه ان اراد بقوله اذ في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرفات ان في كل منهما فك الحجر واطلاق جميع التصرفات فليس كذلك قطعا اذ لا يجوز لكل واحد منهما كثير من التصرفات على ما فصل في كتابيهما وان اراد بذلك ان في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف الذي اطلق في الآخر ايضا فليس كذلك ايضا الا يرى انه يجوز للمكاتب ان يكاتب عبده ولا يجوز ذلك للمأذون له بالاتفاق وان اراد بذلك ان في كل منهما فك الحجر واطلاق بعض من التصرفات في الجملة فبهذا القدر لا تتحقق المماثلة المصححة للقياس فضلا عن ظهورها واما ثانيا فلان قوله لما ان الاجارة من المعاوضات المالية من الجانبين الخ لا يدل على ان يكون المماثلة بين ذينك الفعلين من حيث الفعلية لا غير فان انتفاء المماثلة الغير الفعلية بينهما من الحيثية المخصوصة لا يستدعي انتفاءها من الحيثيات الاخر التي من جملتها كون كل منهما من طرق الكسب فلا يتم التقريب وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عينين وان كان غير ذلك فلا نسلم اولويته انتهى اقول هذا النظر مندفع فان المراد بالقياس هو الشرعي كما يشهد عليه جعله دليلا على المسئلة الشرعية قوله فذلك لا يكون بين عينين ان اراد به انه لا يكون بين العينين في نفسيهما من حيث ذاتيهما فهو مسلم ولكن مراد صاحب النهاية باستعمال القياس بين العينين استعماله بينهما من تلك الحيثية بل مراده بذلك استعماله بينهما من حيث عملهما وتصرفهما ولا ريب في جريان القياس الشرعي بينهما من هذه الحيثية وان اراد به انه لا يكون بين العينين بحيثية من الحيثيات فهو فاسد لا محالة على انه لو كان المراد بالقياس ههنا غير الشرعي كان منع الاولوية ايضا ساقطا لان لفظ القياس اكثر واشهر استعمالا في معنى المماثلة من لفظ الاعتبار حتى ان معنى المماثلة كان معتبرا في اصل معنى القياس من حيث اللغة وعن هذا قال في صحاح الجوهري وغيره قاس الشيء بالشيء قدره على مثاله فكان استعمال لفظ القياس في الشيئين اللذين بينهما مماثلة ظاهرة واستعمال لفظ الاعتبار في الامرين اللذين بينهما مماثلة خفية احرى من العكس قطعا لان فيه توفية الاقوى بالاقوى والاضعف للاضعف ثم ان رأي صاحب العناية ههنا ان يكون لفظ القياس ولفظ الاعتبار مترادفين حيث قال قبيل نقل ما في النهاية وقاسه واعتبره مترادفان اقول ان اراد انهما مترادفان من حيث اللغة فهو ممنوع جدا وان اراد انهما مترادفان في عرف الفقهاء والمصنفين فله وجه فليتتبع قوله ولهما ان المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة اقول كان الظاهر ان يقال ان المأذون له

وهذا أنسب وكأنه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الإجارة اذ هي مبادلة المال بالمال وبهذا الاملاك هؤلاء كلهم تزويج العبد **فصل قال** اذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان الا ترى ان الحر متى كان يملك الاعتاق يعتق عليه وان اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رح وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرهما حتى لا يجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بني الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثاني في العتق وبالاول في الكتابة وهذا اولى لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا اعتق لا يكون له فسخه **قال** واذا اشترى ام ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه اذا كان معها ولدها اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها ولدها وان لم يكن معها ولد فكذلك الجواب في قول ابي يوسف ومحمد رح لانها ام ولد خلافا لابي حنيفة رح

لا يملك الا التجارة بالقصر حتى يلزم من ضم المقدمة الثانية وهي قوله وهذا اي تزويج الامة ليس بتجارة ان لا يملك المأذون له تزويج الامة فان مجرد ان يملك التجارة لا ينافي ان يملك غيرها ايضا فلا يلزم من ان لا يكون تزويج الامة تجارة ان لا يملكه المأذون له فلا يتم التقريب **قوله** ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال اقول يرد على قوله اذ هي اي الاجارة مبادلة المال بالمال انه يلزم حينئذ ان ينتقض تعريف البيع بمبادلة المال بالمال بالاجارة مع انه تعريف مسلم متفق عليه واورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث لانه مخالف لما ذكره الشارحون في وجه مناسبة الكتابة بالاجارة فليتأمل انتهى اقول يمكن التوفيق بين ما ذكره المصنف ههنا وبين ما ذكره الشراح في وجه مناسبة الكتابة بالاجارة في صدر كتاب المكاتب وهو قولهم اورد عليه الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال انتهى بان مرادهم بما ليس بمال ما ليس بمال حقيقة ومراد المصنف بالمال في قوله اذ هي مبادلة المال بالمال ما هو مال حكما وان لم يكن مالا حقيقة فان احد البدلين في عقد الاجارة وهو المنفعة جعل في حكم المال بتسليم رقبة العين واقامتها مقام المنفعة بخلاف عقد الكتابة ويفصح عن كون المراد بالمال في قوله اذ هي مبادلة المال بالمال ما قلنا قول صاحب معراج الدراية في تعليل ذلك لما ذكرنا ان المنفعة في الاجارة في حكم المال انتهى ثم اقول ويمكن ان يحمل المال في تعريف البيع بمبادلة المال بالمال على المال الحقيقي دون ما يتناول الحكمي بناء على قاعدة انصراف المطلق الى الكامل فحينئذ لا يرد انتقاض تعريف البيع بالاجارة لان احد البدلين هناك مال حكما لا حقيقة كما عرفته آنفا ثم ان عامة الشراح قالوا في تعليل قول المصنف اذ هي مبادلة المال بالمال لان المنافع في باب الاجارة مال ثم قال صاحب النهاية بعد ذكر التعليل ولان المنافع في باب الاجارة تصلح مهرا في النكاح مع ان النكاح شرع ابتغاؤه بالمال لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم انتهى وهكذا قال صاحب الغاية ايضا غير انه لم يذكر الواو في قوله لان المنافع في باب الاجارة تصلح مهرا في باب النكاح بل جعله علة لما قبله اقول فيه بحث لانه مخالف لما ذكره المصنف في باب المهر من كتاب النكاح في التعليل قوله وان تزوج حر امرأة على خدمته سنة او على تعليم القرآن فلها مهر مثلها حيث قال بعد بيان خلاف الشافعي في ذلك لنا ان المشروع انما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على اصلنا انتهى فانه صريح في ان المنافع ليست بمال على اصلنا سيما في باب النكاح فتأمل

فصل لما فرغ من ذكر مسائل نوع الكتابة بطريق الاصالة شرع في ذكر مسائل وقوعها بسبيل التبعية وما يتبعها لان التبع يتلو الاصل **قوله** واذا اشترى ام ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها هذا لفظ القدوري قال المصنف ومعناه اذا كان معها ولده قال صاحب العناية في شرح المقام امرأة المكاتب القنة اذا ولدت قبل ان يملكها المكاتب بوجه من الوجوه ثم ملكها فان ملكها مع الولد فليس له ان يبيعها بالاتفاق اقول في عبارته خلل لان القنة بالتاء في وصف المرأة يخالف اللغة اذ قد تقرر في كتب اللغة عامة ان لفظ القن يستوي فيه الاثنان والجمع والمؤنث حتى قال صاحب المغرب امامة قنة فلم اسمعه انتهى **قوله** واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها ولدها قال تاج الشريعة فان قلت اذا ثبت للولد حقيقة الحرية يثبت للام حقها وههنا يثبت للولد حق الحرية فينبغي ان لا يثبت للام حقها تحقيقا لانحطاط رتبتها عن الولد قلت للكتابة احكام منها عدم جواز البيع فيثبت للام هذا الحكم دون الكتابة تحقيقا لانحطاط الرتبة فان قلت لم لا تصير مكاتبة تبعا للولد قلت لان العقد ما ورد عليها انتهى اقول فيه نظر لان عدم ورود العقد عليها لا يقتضي ان لا تصير مكاتبة تبعا للولد وانما يقتضي ان لا تصير مكاتبة اصالة الا يرى ان المكاتب اذا اشترى اباه او ابنه دخل في كتابته حتى صار مكاتبا تبعا لولده كما مر مع ان العقد ما ورد على الاب ههنا ايضا قطعا فالصواب في الجواب عن السؤال الثاني ان يقال انما لا تصير مكاتبة تبعا لولدها تحقيقا لانحطاط رتبتها عن ولدها في حق الحرية الا يرى انها لا تصير حرة في الحال تبعا لحرية ولدها في الحال بل يثبت لها عتق مؤجل بموت سيدها على ما عرف في موضعه فلذا لا تصير مكاتبة تبعا لولدها بل يثبت لها بعض احكام الكتابة كما ذكر في الجواب عن السؤال الاول بخلاف الاب اذا ملكه ولده فانه يدخل في جميع حريته ولده سواء كانت حقيقة

ولأن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد لأن كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ إلا أنه يثبت هذا الحق فيما إذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت يثبت ابتداء والقياس ينفيه وإذا ولد له ولد من أمة له دخل في كتابته لما بينا في المشترى فكان حكمه كحكمه وكسبه له لأن كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذلك إن ولدت المكاتبة ولدا لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا فيسري إلى الولد كالتدبير والاستيلاد **قال** ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها لأن تبعية الأم أرجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية **قال** وإن تزوج المكاتب بإذن مولاه امرأة زعمت أنها حرة فولدت منه ولدا ثم استحقت فأولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزويج وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد أولادها أحرار بالقيمة لأنه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لأنه ما رغب في نكاحها إلا لينال حرية الأولاد ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لأن الأصل أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية وخالفنا هذا الأصل في الحر بإجماع الصحابة رضي الله عنهم وهذا ليس في معناه لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتاق فيبقى على الأصل فلا يلحق به **قال** وإن وطئ المكاتب أمة على وجه الملك بغير إذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في المكاتبة وإن وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له ووجه الفرق أن في الفصل الأول ظهر الدين في حق المولى لأن التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها لأنه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر أما لم يظهر في الفصل الثاني لأن النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا تنتظمه الكتابة كالكفالة **قال** وإذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها أخذ بالعقر في المكاتبة وكذلك العبد المأذون له لأنه من باب التجارة فإن التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والإذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى.

فصل قال وإذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار إن شاءت مضت على الكتابة وإن شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولد له لأنها تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لأن المولى يملك الإعتاق في ولدها وما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة وإذا مضت على الكتابة أخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا ثم إن مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وإن ماتت هي وتركت مالا تؤدى منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة فإن لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لأنه حر ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى إلا أن يدعي لحرمة وطئها عليه فلو لم يدع ومات من غير وفاء سعى هذا الولد لأنه مكاتب تبعا لها فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لأنه بمنزلة أم الولد إذ هو ولدها فيتبعها

الحرية أو عتقها تحقيقا للصلة بقدر الإمكان على ما مر ثم قال تاج الشريعة فإن قلت العقد ما ورد على الولد أيضا قلت ورد على المكاتب والولد جزؤه فيكون واردا عليه بخلاف الأمة انتهى أقول فيه أيضا نظر لأن كون قرابة الولد قرابة جزئية لا تقتضي أن يكون ورود العقد على الأب ورودا على الولد أيضا وإلا يلزم أن يكون كتابة الولد أيضا فيما نحن فيه أصالة لا تبعا لوالده فلا يصح قول المصنف أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا كما لا يخفى ويلزم أيضا أن لا يثبت فرق عند أبي حنيفة رحمه الله بين ما إذا كان ولدها معها في الاشتراء وبين ما إذا لم يكن ولدها معها فيه تدبر تقف **قوله** ولأن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد إلى قوله وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه قال صاحب العناية فلقائل أن يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما مر في أول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع أنه مناف لصدر الكلام تحكم والجواب أنه ليس بتحكم وإنما هو من باب الاستحسان بالأثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب وقوله والقياس ينفيه يعني والنص فيه فيترك به القياس بخلاف ما إذا كان معها الولد إلى هنا كلامه أقول في الجواب بحث وهو أن الأثر المذكور لا يفرق بين ما إذا كان معها ولدها وبين ما إذا لم يكن معها ولد بل هو بظاهر إطلاقه يتناول الصورتين معا فقوله ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب إن أراد أن الأثر المذكور يدل عليه فهو ممنوع جدا وإن أراد به أن ذلك المعنى ثابت متقرر بدون دلالة الأثر المذكور عليه فهو يؤدي إلى المصادرة إذ هو أول المسألة فإن الإمامين لم يقبلاه فعندهما لم يجز بيع المكاتب امرأته المشتراة التي ولدت منه قبل أن يملكها بناء على أنها أم ولد له وإن لم يملك ولدها قطعا على أن قوله ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب ليس بتام على قول أصحابنا جميعا لأنه إن أراد بالملك في قوله إذا ملكه الأب ملك اليمين فهو ليس بشرط في إعتاق الولد أمه عند أحد من الفقهاء الأئمة أن الحر إذا استولد أمة نفسه لا يجوز بيعها بالأثر المزبور بعينه مع أن الولد هناك ليس بمملوك للأب ملك اليمين بلا ريب وإن أراد به ملك التصرف في أمره بالولاية عليه فهو أيضا ليس بشرط في إعتاق الولد أمه عند أصحابنا فإن من استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولد له عند أصحابنا جميعا على ما مر في باب الاستيلاد من كتاب العتاق فلا يجوز بيعها عندهم مع أن التصرف في أمر ذلك الولد والولاية عليه إنما هو لذلك الغير الذي كان مولى ذلك الولد بسبب أنه كانت الأمة مملوكة له عند الاستيلاد لا لأبيه فظهر أن قوله ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب ليس بتام على كل حال **قوله** ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها وفي بعض النسخ دخل في كتابتهما وكان كسبه لها أي في الدخول يتبعهما وفي الكسب يتبعها خاصة فالوجه الأول الأوجه لأن فائدة الدخول هو الكسب كذا في العناية وغيرها قال بعض الفضلاء فيه تأمل إذ لا يجوز أن يقال فائدته أن يعتق بعتقهما سواء اكتسب أم لا بأن لم يبلغ مبلغ الكسب مثلا انتهى أقول ليس هذا بشيء لأن المراد أن فائدة دخول الولد في كتابة الأب هو الكسب له لا غير لأنه لا يتبع الأب في الرق والحرية فلما كان كسبه للأم خاصة لم يتحقق فائدة قط في دخوله في كتابة أبيه كان القول بدخوله في كتابة أمه فقط هو الوجه ثم إن عتق الولد بعتق أمه إنما يكون فائدة للولد نفسه لا للمدخول فيه والكلام في الثاني ولئن سلم تسميته بالفائدة أو جعل فائدة الولد نفسه لا للدخول فيه أو جعل فائدة الولد فائدة لأمه أيضا فتلك الفائدة أيضا إنما تتحقق بالنظر إلى دخوله في كتابة أمه فقط فلا ينافي كون الأول هو الوجه بل يؤيده وأما حديث أن لا يبلغ الولد مبلغ الكسب فلا فائدة له ههنا لأن المراد بفائدة الدخول ما يصلح أن يكون فائدة في الجملة والكسب كذلك فإنه على تقدير حصوله عين فائدة

فصل مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الأول ففصلها بفصل ووصلها بالذكر كذا في الشروح **قوله** ثم إن مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة قال تاج الشريعة فإن قلت ينبغي أن لا يسقط لأن الاكتساب تسلم لها وكذا أولادها التي اشتراها بعد الكتابة وهذه آية بقاء الكتابة قلت الكتابة تشبه المعاوضة وبالنظر إلى ما يسقط البدل يشبه الشرط وبالنظر إليه يسقط ألا يرى أنه لو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقها

قال وإذا كاتب المولى أم ولده جاز لحاجتها إلى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لأنه تلقتها جهتا حرية فإن مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لأن الغرض من إيجاب البدل العتق عند الأداء فإذا عتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع إبقائها من غير فائدة غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد لأن الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الأولاد والأكساب لأن الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه ولو أدت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لأنها باقية **قال** وإن كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي إذ الحرية غير ثابتة وإنما الثابت مجرد الاستحقاق وإن مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة

ثم إنما يبطل التعليق فلما عتقت بالاستيلاد وبطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الأكساب عملا بجهة المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بجهة الشرط انتهى كلامه وقد اقتفى أثره صاحب العناية والشارح العيني في هذا السؤال والجواب أقول في الجواب نظر أما أولا فلأنه قد تقرر فيما مر أن العمل بالشبهين إنما يتصور فيما يمكن الجمع بين الجهتين وههنا ليس كذلك لأن جهة كون الكتابة معاوضة يستلزم عدم سقوط البدل وجهة كونها شرطا يستلزم سقوطه وهما أي السقوط وعدمه متنافيان قطعا لا يمكن اجتماعهما في محل واحد في حالة واحدة وتنافي اللازمين يوجب تنافي الملزومين فلا يمكن اجتماعهما كذلك وأما ثانيا فلأن العمل بالشبهين إنما يتصور ههنا فإنما يتصور عند ثبوت الكتابة لا بعد انتهائها إذ الشبه لكل من المعاوضة والشرط لا بعد بطلانها لانتفاء حينئذ محل المشابهة بالكلية فما معنى قول هؤلاء الشراح فلما عتقت بالاستيلاد وبطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الأكساب عملا بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بشبه الشرط ثم أقول الحق في الجواب عن ذلك السؤال ما أشار إليه المصنف في المسألة الآتية بقوله غير أنه تسلم لها الأولاد والأكساب لأن الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الأكساب والأولاد لأن الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه انتهى تأمل **قوله** وإذا كاتب المولى أم ولده جاز لحاجتها إلى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لأنه تلقتها جهتا حرية قال صاحب العناية لا يقال أحدهما يقتضي العتق ببدل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين لأنه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقاها على سبيل البدل انتهى ورد بعض الفضلاء قوله والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين بأن قال إن أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم كيف وفي العتق بالكتابة يسلم لها الأكساب بخلاف العتق بأمومية الولد وإن أراد النوعية فلا تنافي انتهى أقول وهو مردود بشقيه أما شقه الأول فلأن صاحب العناية إن أراد بقوله والعتق الواحد لا يثبت بهما الوحدة الشخصية كما هو الظاهر فلا مجال لعدم تسليمه لأنه ما قال العتق الواحد يثبت بهما حتى لا يسلم ذلك ويجعل اختلاف العتق بالكتابة والعتق بأمومية الولد في اللوازم سند المنع ذلك بل قال العتق الواحد لا يثبت بهما وعدم ثبوت العتق الواحد الشخصي بالسببين المختلفين في اللوازم أمر جلي لا يقبل المنع وما ذكره ذلك البعض في معرض السند بقوله كيف وفي العتق بالكتابة إلى آخره لا يصلح أن يكون سند المنع ذلك بل إنما يكون علة لسقوط المنع عنه وأما شقه الثاني فلأنه إن أراد بقوله فلا تنافي في قوله وإن أراد النوعية فلا تنافي أنه لا تنافي بينهما من حيث الاجتماع فهو ممنوع كيف والعتق بالكتابة يستلزم سلامة الأكساب لها بخلاف العتق بأمومية الولد فأنى يجتمعان معا وإن أراد بذلك أنه لا تنافي بينهما من حيث التلقي على سبيل البدل فهو عين ما قاله صاحب العناية في تعليل لا يقال **قوله** غير أنه تسلم لها الأولاد والأكساب لأن الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الأكساب والأولاد لأن الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه قال صاحب غاية البيان ولقائل أن يقول النظر لها في إيفاء حقها إليها وحقها الحرية وقد حصل لا في إبطال حق الغير لأن الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه ولم يعتق هي قبل موت المولى بل هي مملوكة حينئذ فينبغي أن يكون الكسب للمولى لا لها لأنها عتقت بالاستيلاد لا بالكتابة انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا الإيراد عن الشارح المزبور وأنت خبير بأنه ليس فيه إبطال حق الغير فإنها عتقت وهي مكاتبة وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تأمل انتهى أقول ليس بذلك الدفع صحيح لأن ملك المكاتب والمكاتبة في أكسابهما إنما هو يد الأرقبة ولهذا لا يملكان التبرع فيها وإنما رقبة أكسابهما ملك مولاهما كرقبة أنفسهما ما لم يؤديا بدل كتابتهما بالتمام كما يفهم هذا كله مما سبق ومما يأتي فقوله وملكها يمنع ملك الغير فيه ليس بجيد لأن ملكها في كسبها يد لا يمنع ملك الغير الذي هو المولى فيه رقبة فلا يندفع الاستشكال بلزوم إبطال حق الغير بالنظر إلى ملك الرقبة ثم قال صاحب العناية ولنا في قوله تسلم لها الأولاد أيضا نظر لأنه لا حاجة إلى ذكر الأولاد في التعليل المزبور الذي ذكره لأن الكتابة لو اعتبرت منفسخة أيضا في حق الأولاد يكون النظر لها باقيا لأن حكم ولد أم الولد حكم الأم لأنه تابع للأم حالة الولادة انتهى كلامه أقول هذا النظر ساقط جدا لأن المراد بالأولاد التي ذكرت

وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح تسعى في الاقل منهما وقال محمد رح تسعى في الاقل من ثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار فابو يوسف مع ابي حنيفة رح في المقدار ومع محمد رح في نفي الخيار اما الخيار ففرع تجزي الاعتاق والاعتاق عنده لما يجزي بقي الثلثان رقيقا وقد تلقتها جهتا حرية ببدلين معجلة بالتدبير ومؤجلة بالكتابة فتخير

بالتعليل المذكور هي الاولاد التي ولدت قبل كتابة امهما من غير مولى وقد اشترتها امها حال الكتابة كما صرح به تاج الشريعة حيث فسر الاولاد في قول المصنف تسلم لها الاولاد والاكساب بقوله اي الاولاد التي اشترتها المكاتبة في حال الكتابة لا الاولاد التي ولدت من مولاها انتهى ولا شك في الحاجة الى التعليل الذي ذكره المصنف في بيان سلامة امثال تلك الاولاد لها اذ لو اعتبرت الكتابة مفسوخة ايضا في حق امثالهم لكانوا ارقاء لورثة المولى فلم يكن النظر لها باقيا في حقهم اذ ذاك قطعا وقال صاحب العناية في هذا المقام ولقائل ان يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب ان تحقيق كلامه ان بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين احدهما ان يبطل بعجز المكاتب عن ايفاء البدل والثاني ان يبطل لانتهائه بايفائه وبالاول يعود رقيقا واولاده واكسابه لمولاه وبالثاني يعتق هو واولاده وتخلص له ما بقي من كسبه وحيث احتجنا الى ابطال الكتابة نظرا للمكاتب وكان النظر في الثاني دون الاول منهما اليه انتهى اقول لا السؤال شيء ولا الجواب اما الاول فلان كون الكتابة عقدا واحدا لا ينافي تصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة اذا كان من جهتين مختلفتين فانهم شرطوا في تحقق التناقض امورا منها وحدة الجهة وههنا لم تتحقق تلك الوحدة لان بطلان عقد الكتابة من جهة البدل وعدم بطلانه من جهة الاولاد والاكساب كما افصح عنه قول المصنف لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد فلا محذور اصلا واما الثاني فلوجوه احدها ان انتهاء الكتابة بايفاء البدل انما هو تمامها وتقررها فجعله احد طريقي بطلانها مما لا يساعده العقل ولا النقل وثانيها ان المكاتبة في مسئلتنا هذه من لم يقع منه ايفاء البدل فكيف يجري بطلان الكتابة في حقها على الايفاء واعتبار غير الواقع واقعا لمجرد النظر لها مما لا نظير له في قواعد الشرع وثالثها ان قول المصنف لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد ينافي المعنى الذي عده الشارح المزبور تحقيق كلامه لانه على تقدير ان يحمل المقام على انتهاء الكتابة بايفاء تمام البدل يصير الكتابة في حق البدل وفي حق الاكساب والاولاد على السواء كما هو الحال عند ايفاء البدل حقيقة فلا يكون لاعتبار انفساخ الكتابة في حق البدل وبقائها في حق الاكساب والاولاد وجه وراءها ان حمل بطلان عقد الكتابة ههنا على المعنى الثاني الذي تخيله هذا الشارح لا يدفع اصل السؤال لان البطلان على اي معنى كان وعدمه في حالة واحدة متنافيان قطعا اذا كانا من جهة واحدة وان صير الى اختلاف الجهتين لا يبقى احتياج الى مقدمة من مقدمات الجواب المذكور اصلا ثم قال صاحب العناية لا يقال في كلام المصنف تسامح لانه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين لان الكتابة جهته هي للمكاتب وجهته هي عليه وعلل الثانية بالاولى والاولى بالثانية فقال فلعله سديد الى هنا كلامه اقول هذا السؤال ايضا ليس بشيء وجوابه ليس بسديد اما الاول فلان المعلول الواحد بالشخص انما لا يعلل بعلتين مستقلتين على سبيل الاجتماع واما على سبيل البدل فيعلل بهما قطعا على ما تبين في موضعه والامر فيما نحن فيه وفي سائر المسائل التي يذكر لها دليلان او ادلة كذلك فان المقصود في مثل ذلك التنبيه على ان كل واحد من الدليلين او الادلة مما يصح ان يعلل به المطلوب بدلا عن الآخر واما الثاني فلان كون المعلل بالعلة الاولى الجهة التي هي على المكاتب ممنوع لان تلك الجهة ان تلزمه ايفاء البدل وقوله لامتناع ابقائها من غير فائدة لا يدل على ذلك بل يدل على خلافه لان عدم الفائدة لسقوط بدل الكتابة عنها واذا سقط عنها البدل لا يلزمها ايفاؤه قطعا فلم يكن ما ذكره من توزيع التعليلين على ما لها وما عليها سديدا كما لا يخفى قوله لما يجزي بقي الثلثان رقيقا وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير لان في التخيير فائدة وان كان جنس المال متحدا لجواز ان يكون اداء اكثر المالين ايسر باعتبار الاجل واداء اقلهما اعسر لكونه حالا فكان التخيير مفيدا كذا في عامة الشروح وعزاه معراج الدراية الى مبسوط فخر الاسلام اقول فيه شيء وهو ان الفائدة المذكورة انما تتصور في صورة ان كان البدل المعجل بالتدبير اقل من البدل المؤجل بالكتابة واما في العكس فلا اذ لا شك ان اداء الاقل المؤجل ايسر من كل وجه من اداء الاكثر المعجل فلا فائدة في التخيير في هذه الصورة

وعندهما ما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة ووجب عليها احد المالين فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير واما المقدار فلانه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال ان يجب البدل بمقابلته الا ترى انه لو سلم لها الكل بان خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فههنا يسقط الثلث فصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة ولهما ان جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء وهذا لان البدل وان قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وارادة لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار هذا كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على الف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الارادة كذا ههنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسألة التي تليه لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا **قال** وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة او ثلثي قيمتها عند ابي حنيفة وقالا تسعى في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا اما المقدار فمتفق عليه ووجهه ما بينا **قال** واذا اعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه لقيام ملكه فيه وسقط بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى لكنها تفسخ برضاء العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة في حقه **قال** وان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير

اصلا التعيين اختياره الاقل لا محالة كما قال صاحباه مع ان الحكم بالخيار يعم الصورتين عنده كما هو الظاهر من اطلاق المسئلة في الكتب باسرها **قوله** وعندهما ما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة ووجب عليها احد المالين فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير واعترض عليه بان الاعتاق لما لم يتجزأ عندهما عتق كلها بالتدبير لعتق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجب السعاية في ثلثي قيمتها لا غير فاجيب بانا قد حكمنا بصحة الكتابة نظرا لها فنبقيها لذلك فلو بما يكون بدلها اقل فيحصل النظر بوجوبه كذا في العناية اخذا من شرح تاج الشريعة اقول في الجواب اشكال لان القول بابقاء الكتابة فيما بعد ان عتق كلها بالتدبير ينافي قول المصنف وعندهما ما عتق كلها يعتق بعضها فهي حرة اذ الظاهر ان الحرية والكتابة لا يجتمعان في شخص واحد في حالة واحدة فلا يتصور ابقاء الكتابة فيما بعد ان صارت حرة عندهما فان قلت المراد ابقاء حكم الكتابة لا ابقاء حقيقتها والمنافي للحرية هو الثاني دون الاول قلت لو ابقي حكم الكتابة لا تاجيلها لانه من خصائصها ولهذا قال في الكافي في تقرير دليل الامامين هنا وعندهما كما عتق كله يعتق ثلثه لان الاعتاق لا يتجزى عندهما بطلت الكتابة وبطل الاجل لانه من خصائص الكتابة وبقي اصل المال عليه غير مؤجل الى غيره ولو ابقي تاجيلها لزم ان لا يتم قولهما فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير لجواز ان تختار الاكثر المؤجل لكون اداء ايسر من اداء الاقل المعجل كما مر في بيان دليل ابي حنيفة فيكون هذا هو المعنى للتخيير فلا ينقطع مادة الاشكال **قوله** والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته اقول لمانع ان يمنع هذه المقدمة فانه لا يلزم من مجرد استحقاق الحرية حقيقة الحرية والثابت في المدبرة في الحال مجرد استحقاق الحرية دون حقيقتها مجازا ان احتاج الى استفادة حقيقتها عاجلا فيلتزم المال بمقابلتها الا ترى انه يجوز للمولى ان يكاتب ام ولده بالاجماع مع استحقاقها حرية الكل قطعا لعتقها عند موت مولاها من جميع المال دون ثلثه فاذا جاز التزام المال من ام الولد بمقابلة ما يستحق حريته كلا لاحتياجها الى استفادة الحرية قبل موت المولى كما مر فلان جاز ذلك من المدبرة بمقابلة ما يستحق حريته بعضا لتلك العلة بعينها اولى كما لا يخفى فليتأمل وقد استشكل بعض الفضلاء هذا التعليل بوجه آخر حيث قال لا يتمشى على اصل ابي يوسف فانه استحق حرية الكل عنده لعدم تجزي الاعتاق انتهى اقول ذلك ساقط لانا لا نسلم ان المدبر والمدبرة يستحقان بالتدبير حرية الكل عنده بل الظاهر انهما يستحقان به حرية الثلث عندهم جميعا ولهذا يعتقان عند موت المولى من ثلث ماله ويسعيان في ثلثيهما اذا لم يكن له مال غيرهما بالاجماع وثبوت عتق الكل بعتق البعض عند موت المولى على اصل الامامين وهو عدم تجزي الاعتاق لا ينافي استحقاق حرية الثلث بنفس التدبير عندهما ايضا ولئن سلم استحقاق المدبر والمدبرة بنفس التدبير حرية الكل عندهما فالمراد بقوله لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا انها استحقتها مجانا من غير ان يلزمها سعاية في ذلك الثلث كما يلزمها في الثلثين الاخرين وبقوله والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته هو ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته مجانا بخلاف ما لا يستحق حريته او يستحقها ولكن يلزمه اداء مال السعاية فانه يجوز ان يستلزم المال بمقابلته ولا يخفى ان هذا المعنى يتمشى على اصل ابي حنيفة واصل ابي يوسف ايضا فتفكر تفهم **قوله** وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربوا قال صاحب العناية في شرح هذا المحل والقياس ان لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال لان الاجل ليس بمال والدين مال وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن الف وذلك ربوا انتهى وقال بعض الفضلاء اشار بقوله وذلك في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز الى قوله اعتياض عما ليس بمال بما هو مال ولكنه منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق الا ان يقال ذلك على خلاف القياس بالنص انتهى اقول ليس ذلك منقوضا بالمهر والمال المقابل بالطلاق لان المراد بعقد المعاوضة في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز ما ذكر العوض فيه بالايجاب والقبول بطريق الاصالة فيخرج منه النكاح والطلاق على مال ونحوهما لان ذكر العوض فيهما ليس بطريق الاصالة وقد صرح الشراح بمثل هذا

وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من حيث انه لا يقدر على الاداء الا به فاعطى له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتبرناه مالا في حق عقد الكتابة فلم يتمكن فيه الشبهة بخلاف العفو لانه عقد من كل وجه فكان ابدال الاجل فيه شبهة **قال** واذا كاتب المريض عبده على الفي درهم الى سنة وقيمته الف ثم مات ولم تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته فله ان يؤخرها وصار كما اذا خالع المريض امرأته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى اجرى عليها احكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فكذا بالبدل وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة ههنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما

باب من يكاتب عن العبد

قال واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسئلة ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بادائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادى لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق بادائه القائل فيصح في حق هذا الحكم وموقوف في حق لزوم الالف على العبد وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع **قال** واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب فان ادى الشاهد او الغائب عتقا ومعنى المسئلة ان يقول العبد كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب وهذه الكتابة جائزة استحسانا وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا بادائها وليس عليهم من البدل شيء واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه تنفرد به الحاضر فله ان يأخذه بكل البدل لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء لانه تبع فيه **قال** وايهما ادى عتقا ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه

المعنى في صدر كتاب المكاتب حيث قالوا ورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض مع الايجاب والقبول بطريق الاصالة وقالوا اخرج بقوله بمقابلة ما ليس بمال البيع والهبة بشرط العوض وخرج بقولنا بطريق الاصالة النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة انتهى ثم قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت اسقاطا لبعض الحق ليجوز لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق به والمعجل لم يكن مستحقا انتهى وقال في ذلك البعض من الفضلاء لو صح هذا لم يجز هبة المهر المؤجل واسقاط الديون المؤجلة انتهى اقول ليس هذا بسديد لان المستحق في كل منها هو المؤجل والمسقط ايضا هو المؤجل وليس هناك شرط شيء معجل في المقابلة فلم يوجد التصرف في غير المستحق اصلا بخلاف ما نحن فيه فان الخمسمائة المعجلة التي وقع عليها الصلح ليست مستحقة بعقد الكتابة فلم يمكن جعل الصلح اسقاطا للبعض الحق واستيفاء للبعض الآخر لان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا فلا يمكن الاستيفاء نعم لو قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر لان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا لكان اظهر لان تاثير قوله والمعجل لم يكن مستحقا في حق انتفاء الاستيفاء فيما نحن فيه دون انتفاء الاسقاط فيه كما لا يخفى وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قول المصنف لانه اعتياض عن الاجل لان المعجل غير مستحق بالسبب السابق فلا يمكن جعل الصلح اسقاطا للبعض واستيفاء للبعض فلو جعل انما يجعل اعتياضا عن خمسمائة بخمسمائة وعن الاجل بخمسمائة اخرى والاعتياض عن الاجل لا يجوز انتهى **قوله** وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به قال بعض العلماء فيه مناقشة ظاهرة قد سبق ان الاستقراض جائز وبذلك الاعتبار صح الكتابة الحالة فليتامل انتهى اقول هذه المناقشة انما تظهر ان لو ارادوا بنفي القدرة على الاداء الا به نفي القدرة الممكنة وهي ادنى ما يتمكن به من الاداء واما اذا ارادوا بذلك نفي القدرة الميسرة وهي ما يوجب اليسر على الاداء كما هو الظاهر فلا يكون للمناقشة مجال لظهور ان اليسر على الاداء في حق المكاتب انما يتصور بالاجل لانه يخرج من يد المولى مفلسا فيمتنع الناس غالبا عن اقراضه المال في الحال فيعسر الاداء عليه جدا بدون الاجل وان امكن في الجملة على ان المصنف واضرابه لم يتشبثوا في تعليل صحة الكتابة الحالة عندنا بجواز الاستقراض بل قالوا ان عقد الكتابة عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه وان معنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ومتى امتنع من الاداء في الحالة يرد الى الرق انتهى فلم يتم قول ذلك المناقش وبذلك الاعتبار صح الكتابة الحالة فتدبر

باب من يكاتب عن العبد لما فرغ من ذكر احكام تتعلق بالاصيل في الكتابة ذكر في هذا الباب احكاما تتعلق بالنائب فيها وقدم احكام الاصيل لان الاصل في تصرف المرء انما يكون لنفسه **قوله** وهي اولى بذلك من الاجنبي يعني ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلان يجوز في حق ولدها اولى لان ولدها اقرب اليها من الاجنبي كذا في الشروح قال صاحب العناية بعد ان ذكر ذلك اقول ولعله اشارة الى ما ذهب اليه بعض المشايخ ان ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي واري انه الحق انتهى وانا اقول اري ان الحق خلافه وهو ان يكون ثبوت الجواز ههنا ايضا على وجه الاستحسان دون القياس كما يدل عليه ما ذكره الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير وما ذكره صاحب الكافي وبعض من شراح هذا الكتاب وذلك لان من ذهب الى ان ثبوت الجواز ههنا على وجه القياس والاستحسان ان اراد بوجه القياس ههنا كون الولد تابعا للام كما هو الظاهر من قول صاحب العناية لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي فليس بتام لان تبعية الولد للام في الكتابة مطلقا انما تكون في الولد الذي ولدته في حال الكتابة والولد الذي اشترته في حال الكتابة لا في الولد الذي ولدته قبل الكتابة كما لا يخفى على من احاط بمسائل كتاب المكاتب خبرا ولا شك ان موضع مسئلتنا هذه في الكتابة الامة عن نفسها وعن ابنين لها مولودين قبل الكتابة فلا يتصور ههنا التبعية المطلقة واما التبعية الحاصلة بالضم اليها في عقد الكتابة فمثل هذه التبعية متحققة في المسئلة الاولى ايضا بلا تفاوت كما صرح به المصنف هناك وقال ههنا لانها جعلت

قال وان ادى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه والغائب متبرع به غير مضطر اليه **قال** وليس للمولى ان يأخذ العبد الغائب بشيء لما بينا فان قبل العبد الغائب او لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا **قال** واذا كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسألة الاولى وهي اولى بذلك من الاجنبي

باب كتابة العبد المشترك

قال واذا كان العبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبضه عند ابي حنيفة وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصله ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة العتاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يأذن واذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز **قال** واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد للاول لانه لما ادعى احدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه ام ولد له لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة واذا ادعى الثاني ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق ويضمن لشريكه نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ويضمن نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال العقر وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد العقر الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرناه كله قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هي ام ولد للاول ولا يجوز وطء الآخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ

نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسألة الاولى انتهى مع ان تحرير الجواز ههنا على وجه الاستحسان دون القياس بالاتفاق وان اراد بوجه القياس ههنا ثبوت ولاية المكاتبة على اولادها كثبوتها على نفسها فليس بصحيح اذ قد صرحوا قاطبة بان الام الحرة لا ولاية لها على اولادها فكيف بالامة وقالوا هذا انما وضع هذه المسألة في الامة اذ لو وضعها في العبد فربما توهم ان الجواز لثبوت ولاية الاب عليهما فلا يعلم تساوي العبد والامة في حكم هذه المسألة

باب كتابة العبد المشترك لما فرغ عن كتابة عبد غير مشترك شرع في كتابة العبد المشترك لان الاصل عدم الاشتراك كذا في غاية البيان وقال اكثر الشراح ذكر كتابة الاثنين بعد كتابة الواحد لان الاثنين بعد الواحد اقول الوجه الاول هو الراجح لان الوجه الثاني لا يتمشى في المسألة الاولى من هذا الباب على قول ابي حنيفة بخلاف الوجه الاول تأمل تقف **قوله** واذا كان العبد بين رجلين قال بعض الشراح وفي بعض النسخ بين شريكين وهي اولى انتهى اقول وجه الاولوية ان حكم هذه المسألة يعم ما اذا كان العبد بين رجلين وما اذا كان بين رجل وامرأة او بين امرأتين ولفظ شريكين ينتظم الكل اما لجعل الشريك فعيلا بمعنى المفعول من شرك في كذا فان كلا من المتشاركين في امر مشارك فيه مشروك والفعيل بمعنى المفعول يستوي فيه المذكر والمؤنث او بصيرورة لفظ الشريك من عداد الاسماء الجامدة كما قالوا في لفظ التابع ونحوه حتى جعلوا التوابع جمع تابع من هذه الحيثية فيتناول المذكر والمؤنث على السوية ثم ان صاحب العناية لما اخذ بنسخة بين شريكين حيث قال اذا كان العبد بين شريكين فسر بعض الفضلاء قوله شريكين برجلين حيث قال اي بين رجلين اقول هذا امر عجيب اذ لا شك ان حكم هذه المسألة غير مختص بما اذا كان العبد بين رجلين فتخصيص لفظ يحتمل العموم للرجلين وغيرهما مما لا وجه له ههنا اصلا ولو فسر لفظ رجلين في نسخة بين رجلين بالشريكين مطلقا تغليبا للذكور على الاناث لكان له وجه وجيه لاقتضاء المقام اياه فكيف بالعكس **قوله** واصله ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة الاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يأذن قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واصل هذا الاختلاف ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما كالاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة وانما يكون فائدة انتفاء ما كان له من حق الفسخ ان كاتبه بغير اذنه انتهى كلامه وقال بعض الفضلاء في تفسير قوله والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة اي على مذهبهما انتهى اقول هذا خبط ظاهر لان الاذن يفيد الاشتراك في الكتابة على مذهبهما قطعا الا يرى الى قولهما في تعليل مذهبهما في هذه المسألة ان الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز انتهى ولعل قوله على مذهبهما وقع سهوا من قلم الناسخ وكان الصحيح على مذهبه ثم ان صاحب العناية بعد ان شرح دليلي الطرفين في هذه المسألة بالتمام قال وكان المصنف مال الى قولهما حيث اخره انتهى وقال بعض الفضلاء فيه كلام لانه يأباه عنه ترجيح قول ابي حنيفة في كتاب العتاق انتهى اقول الذي مر في كتاب العتاق مسألة الاعتاق والمذكور ههنا مسألة الكتابة واستلزام الترجيح قول ابي حنيفة في مسألة الاعتاق ترجيحه في مسألة الكتابة ممنوع سيما اذا كانت كتابة احد الشريكين باذن الآخر كما نحن فيه فمن اين ثبت الاباء ولئن سلم الاستلزام بناء على كون الاصل في كلتا المسألتين هو التجزي عنده فترجيح قوله هناك لم يكن بالتصريح به بل انما فهم من تأخير دليله في البيان وقد عكس الامر ههنا وقد فهم منه ترجيح قولهما لا محالة ولما وقع التدافع بين الكلامين حملنا الثاني على الرجوع عن الاول كما هو المخلص في امثال هذا فلا محذور تدبر **قوله** ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد قيل ينبغي ان لا يضمن شريكه قيمة الولد عند ابي حنيفة لان حكم ولد ام الولد حكم امه ولا قيمة لام الولد عنده فكذا لابنها واجيب بان هذا على قولهما واما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك السؤال وهذا الجواب وليس بشيء اقول يعني ان هذا الجواب ليس بشيء لان ما ذكره المصنف فيما سيأتي بقوله وهذا الذي ذكرناه كله قول ابي حنيفة رحمه الله ينافي هذا الجواب قطعا ثم قال صاحب العناية وقيل عن ابي حنيفة في تقوم ام الولد روايتان فيكون الولد متقوما على احداهما فكان حرا بالقيمة انتهى وقال بعض المشايخ هذا مخالف لما اسلفه

ونظيره بيع المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا وان رضي كما ام ولد له فانه لو طلب ام ولد تحير ثم ثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة فيما انه لا يجب الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقر لان الوطي لا يعرى عن احد الغرامتين لو بقيت الكتابة لانه بمنزلة الاجنبي منها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما يتضرر به المكاتبة ولا ضرر بسقوط نصف البدل وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي الفائدة في حقه نظر للمرتهن وان كان لا يتضرر المكاتبة بسقوطه والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بابدال منافعها اي لانها بمنزلة في الرقبة الى المرد فيظهر اختصاصه في ماليتها قال ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف رحمه الله نصف قيمتها مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وفي قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب اقلهما قال وان كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لانه لم يصادف الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز واما عند ابي حنيفة فلانه بالعجز تبين انه تملك نصفه من وقت الوطي فتبين انه صادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر قال وهي ام ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه وتم الاستيلاد لما بينا ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد للاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح

الشبات في باب البيع الفاسد بان الروايتين في حق المدبر واما في حق ام الولد فاتفقت الروايات عن ابي حنيفة انه لا يضمن بالبيع والغصب لانه لا يتقوم لما لتها انتهى اقول لا تغير في مخالفته ما ذكر في هذا الجواب الثاني لما اسلفه هناك تبعا لصاحب العناية في باب البيع الفاسد فانه والن اسلف هناك تبعا لصاحب النهاية الا ان المصرح هناك تحقق الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله في تقوم ام الولد ايضا حيث قال وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه قيمتها وهو رواية عنه انتهى والمجيب بهذا الجواب الثاني انما هو تلك الشريعة وصاحب الكفاية وهما لم يذكرا في باب البيع الفاسد ما يدل على تحقق الروايتين عن ابي حنيفة في حق ام الولد واما صاحب العناية فليس بمجيب بهذا الجواب بل عنه بنفسه بل هو ناقل محض فلا ينافي ما اختاره هناك قوله بخلاف بيع المكاتب لانه اخره هذا جواب عما يقال بانا تمم بفسخ الكتابة ضمنا لصحة في البيع او بيع المكاتب كما قلتم بفسخ الكتابة ضمنا لصحة الاستيلاد وجه الجواب ان في تجويز البيع ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا ولو ابطلنا بالضرورة الكتابة لفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح هذا ما عليه جمهور الشراح في حل مراد المصنف بكلامه هذا هاهنا وقد ذكر هذا السؤال والجواب صراحة في الكافي بان قيل فلا نحن ان صاحب العناية بعد ان ذكر هذا المعنى لكلام المصنف بهذا القيل قال ويجوز ان يكون بيانا لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وراءه لا يتضرر به فان المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت انتهى اقول لا يخفى على من له ذوق صحيح ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ ومن جهة المعنى فليتفكر وقال بعض الفضلاء قوله المصنف هذا جواب عنه عن قياس ابي حنيفة نقل الكتابة المفروضة من ملك الثاني الى ملك الاول على بيعها وجهه ان في النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع الى هنا كلامه اقول انه خبير بان القياس الذي ذكره لم يقع من ابي حنيفة قط فكيف يكون جوابا عنه جوابا عن ذلك قوله ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف نصف قيمتها مكاتبة الى قوله فللتردد بينهما يجب اقلهما قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم اعتق احدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند ابي يوسف موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكاتبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب اقلهما لانه متيقن قال صدر الاسلام ولانه لو بقي من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها احدهما بالاستيلاد فيستحيل ان يجب عليه القيمة وهو خمسمائة اذا كانت قيمتها الف درهم وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة الا نصف درهم فلهذا اوجبنا الاقل هذا قولهما في المكاتب المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول ابي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل والوجه قد ذكرناه الى هنا كلام صاحب العناية اقول هذا الشرح فاسد وتحرير مختل اما اولا فلان قوله اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم اعتق احدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند ابي يوسف موسرا كان او معسرا غلط فاحش فقد صرح في عامة المعتبرات حتى الهداية نفسها فيما سيأتي بعد نصف صفحة بان قول ابي يوسف في تلك المسئلة ان يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا او يستسعى العبد ان كان معسرا بناء على انه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار ومن العجائب قول صاحب العناية في الاستدلال على قول ابي يوسف في تلك المسئلة لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار اذ لا يشتبه على احد ان ضمان الاعتاق ضمان افساد التملك لا ضمان التملك او لم ير قول صاحب الكفاية بصدد شرح قول المصنف هنا لانه تملك

وهذا قولهم جميعا وهو ظاهر لما بينا **قال** وان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت يعتق نصيب شريكه ... عند ابي حنيفة رحمه الله لا يرجع عليها بما
عجزت وردت في الرق تعتبر كانها لم تزل قنة والجواب فيه على الحرة في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو مسئلة تجزي الاعتاق ... فاما قبل العجز ...
لان الاعتاق لما كان يتجزى عنده كان له ان يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك ... لا يتجزى ... العتق الكل ... او نصفه
نصيبه فكذا ان كان موسرا او يستسعى العبد ان كان معسرا لانه ضمان العتاق فيختلف باليسار والاعسار **قال** وان كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الآخر وهو موسر فان شاء
الذي دبره ضمن المعتق ... وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتق ... ان اعتقه احدهما ... فان لم يكن له ان يعتق ... وعند ابي حنيفة ...
ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء
واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه ... قيمة نصيبه الا بالاعتاق
... ولا ... من نصف القيمة ... لان المنافع انواع تلزمه الاسترداد ... والاعتاق ...
الثلث ... عنده ... اذا اعتقه احدهما ... المدبرات الثلث عنده ...
التضمين ... الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ... وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا دبره احدهما فعتق الآخر باطل لانه لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير
يضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته ... لانه صادفه التدبير ... وان اعتقه احدهما فتدبير الآخر باطل
لان الاعتاق لا يتجزى فيعتق كله ... ولم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا ويستسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف ذلك باليسار
والاعسار ... بما تقدم

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قال واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه او مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين او الثلاثة نظرا للجانبين والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليه فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة

كملت فاما اذا اعتقها احدهما ولا كان بذا اختصاص فساد الملك واما ثانيا فلان قوله بذا قولهما في المكاتب المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه بل
على ان ما ذكره فيما قبل باسره كان في حق المكاتب المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه مع ان ما نقله عن صدر الاسلام فيما قبل صريح في انه
في حق المكاتبة المشتركة اذا استولدها احدهما بالاستيلاد واما ثالثا فلانه صرف القياس في كلام المصنف هذا الى قول ابي يوسف ومحمد معا حيث قال
وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول ابي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس قول محمد يضمن الاقل من
نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل انتهى مع ان كلام المصنف في المقيس عليه وهو مسئلة الاعتاق على ما سيأتي صريح في ان
محمدا مع ابي يوسف هناك في ان يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبا اذا كان موسرا دون الاقل منها ومن نصف ما بقي من البدل
فكيف يتم القياس على قول محمد رحمه الله نعم يجوز ان يكون عن محمد روايتان في مسئلة اعتاق واحد الشريكين المكاتب المشترك بينهما نصيبه
ما ذكره المصنف فيما سيأتي والاخرى ما يوافقه قياس ما ذكره في مسئلة الاستيلاد ويدل عليه ما ذكر في بعض الكتب المعتبرة كالكافي والمبسوط وان ذكر
فيهما في مسئلة الاعتاق على قول محمد في الرواية الاخرى وهي ضمان الاقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لكن كلامنا في
عدم مساعدة كلام المصنف نفسه لصرف القياس الذي ذكره في لفظ الجامع الصغير الى قولهما معا ثم اقول الوجه عندي ان يكون مراد المصنف بلفظ الجامع الصغير
ان قول ابي يوسف فيما نحن فيه من مسئلة الاستيلاد على قياس قوله في مسئلة الاعتاق واما قول محمد فيه فعلى خلاف قوله في تلك المسئلة ويرشد
الى هذا المعنى قطعا اسلوب تحرير المصنف حيث قال في قياس قول ابي يوسف وفي قول محمد بزيادة لفظ قياس في الاول وحذفه في الثاني
تدبر ترشد **قوله** وهذا قولهم جميعا لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وههنا ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ما يملك المدبر
فيها فلا يصح تدبيره كذا في العناية وغيرها قال بعض الفضلاء فيه انه ينبغي ان يملكها عند محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليتامل انتهى
اقول يمكن الفرق بين مرجعه قول محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فيما اذا بقيت الكتابة وهو ان حق شريكه في نصف الرقبة على
اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فليتردد بينهما فيجب اقلهما وهذا الوجه غير متمش فيما اذا لم تبق الكتابة لان كون حق شريكه في نصف البدل
على اعتبار الاداء انما يتصور عند بقاء الكتابة واما بعد زوالها فنسبتها الى شريكه بمنزلة العدم كما هو الحال في كل مكاتب عجز عن اداء تمام البدل فانفسخ
الكتابة فحينئذ تتعين في حق شريكه نصف القيمة فيضمن نصف قيمتها بالاتفاق فليتامل

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى العتاقة تاخير باب احكام هذه الاشياء ظاهر للتناسب لان هذه الاشياء متاخرة عن عقد الكتابة فكذا بيان
احكامها **قوله** والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء قال صاحب العناية والمديون بالجر عطف
على كامهال اقول هذا بحسب ظاهره غير صحيح قطعا اذ لا اشكال ان المديون معطوف على الخصم والمعنى وكامهال المديون لاجل القضاء **قوله** ولهما ان
سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن اداء نجمين اقول فيه شيء وهو ان دليلهما هذا لا يتمشى في صورة ان عجز
عن اداء اخر النجوم التي تواقفا عليه بعد ان ادى سائر النجوم باسرها اذ لا يلزم حينئذ سوى نجم واحد حتى يتحقق عليه نجمان عند امهاله مدة نجم فيكون
اعجز عن ادائهما يكون عليه حينئذ ان لو كان نجما واحدا فضعف مدته ولا يثبت به اليسر كما قال ابو يوسف رحمه الله وقال بعض الفضلاء فيه تامل
فانه اذا كان له دين يقبضه او مال يقدم عليه لا يناسبه هذه الشرطية انتهى اقول ان قوله هذه الشرطية ليس بسديد اذ الظاهر ان من في قوله من عجز

وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رض اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان احسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة استيسارا واولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولهما ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن اداء نجمين وهذا لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا به دونه بخلاف اليومين والثلثة لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تاخيرا والآثار متعارضة فان المروي عن ابن عمر رض ان مكاتبة له عجزت عن اداء نجم فردها فسقط الاحتجاج بها قال وان اخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر اولى ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضاء كالرد بالعيب بعد القبض **قال** واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه او على مولاه وقد زال التوقف **قال** فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضي ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حيوته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده وهذا قول علي وابن مسعود رض وبه اخذ علماؤنا رح وقال الشافعي رح تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رض ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فيبطل وهذا لانه لا يخلو اما ان يثبت بعد الممات مقصورا او يثبت قبله او بعده مستندا لا وجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا انه عقد معاوضة ولا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق بل اولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت انفى للمالكية منه للمملوكية

عن اداء نجم واحد موصولة وان قوله يكون اعجز عن اداء نجمين خبران في قوله لان فلا شرط ولا جزاء في الكلام حتى يكون الجملة شرطية **قوله** والآثار متعارضة فان المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن اداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها هذا جواب عن استدلال ابي يوسف باثر علي رضي الله عنه بان الاثر المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما على ما ذكر في الكتاب يعارضه فسقط الاحتجاج بها اي بالآثار للتعارض لان الآثار اذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت فيصار الى ما بعدها من الحجة فيبقى ما قالاه من الدليل بان سبب الفسخ قد تحقق الى آخره سالما عن المعارض فيثبت الفسخ به كذا في عامة الشروح اقول هنا اشكال لان ما قالاه من الدليل المعقول راجع الى القياس على مقتضى ما صرحوا به في كتب الاصول عند بيان انحصار الادلة الشرعية في الاربعة من ان الاستدلال بالمعقول راجع الى القياس وقد صرح به صاحب غاية البيان ههنا ايضا حيث قال ان الآثار متعارضة والتاريخ مجهول فيصار الى ما بعدها من الدليل وهو القياس انتهى وقد تقرر في الاصول ايضا ان القياس لا يجري في المقادير وما نحن فيه من قبيل المقادير كما افصح عنه كثير من الشراح حيث قالوا وما رويناه من حديث ابن عمر كالمروي عن النبي عليه السلام لان ما يقوله الصحابي من المقادير يحمل على السماع لانه لا يدركه القياس انتهى فاذا تعارضت الآثار فيما نحن فيه وتساقطت كما قالوا ولم يصح القياس في المقادير كما تقرر في الاصول والفروع فكيف ينتهض ما قالاه من الدليل المعقول الذي مرجعه الى القياس حجة لهما في اثبات ما ذهبا اليه في جواب هذه المسئلة فليتأمل **قوله** وقال الشافعي تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فيبطل قال صاحب الغاية في شرح هذا المحل وقال الشافعي تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه فلمولاه وهو قول زيد بن ثابت رض واستدل لذلك بالمعقول بان المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء بان قوله واستدل لذلك بالمعقول الى آخره لا يطابق الشرح لدلالته على انه استدل باثر زيد وبالمعقول حيث قال المصنف ولان المقصود بالواو العاطفة انتهى اقول بل هو مطابق للمشروح فان الواو في قوله واستدل للعطف ايضا والمعطوف عليه معنى قوله وهو قول زيد بن ثابت رض كانه قال اخذ بقول زيد بن ثابت واستدل لمدعاه بالمعقول ايضا كما ان قول المصنف ولان المقصود بالكتابة عطف على معنى قوله وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه كانه قال للاثر زيد بن ثابت ولان المقصود بالكتابة الى آخره والعطف بحسب المعنى شائع في كلام الثقات وقد صرح بجواز ذلك كثير من المحققين في مواضع شتى من كتب البلاغة فتطابق الشرح والمشروح في حاصل المعنى كما ترى ثم ان ذلك البعض قال والموافق للمشروح فتبطل الكتابة لان العقود انما شرعت لاحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد انتهى اقول هذا الكلام خال عن التحصيل لانه كان مدار ما اورده على صاحب الغاية بعدم مطابقة شرحه للمشروح على تحقق الواو العاطفة في المشروح وعدم تحققه في الشرح على زعمه ولم يتحقق ذلك فيما ذكره نفسه قط فانه قال لان العقود الى آخره بدون الواو العاطفة فما معنى عدم مطابقة ذلك للمشروح وموافقة هذا اياه وايضا ان الفاء في قوله فتبطل الكتابة مما لا محل له في المشروح كما لا يخفى على الفطن الناظر في عبارة المشروح **قوله** بل اولى لان حقه آكد من حق المولى قال صاحب العناية بل اولى يجوز ان يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ووجه ذلك ان الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد ههنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب ادعى من حيث المقتضي والمانع الى آخره اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان قول المص هذا انما هو لمجرد المبالغة في تحقق الجامع المذكور في جانب المقيس وهو موت المكاتب من المتعاقدين ولا وجه لتجويز كونه جوابا عما يقال من طرف الخصم ليس موت المكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد لان الجواب عنه انما يتصور بمنع كون المكاتب

فينزل حيا تقديرا أو يستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت ويكون أداء خلفه كأدائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات **قال** وإن لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة أبيه على نجومه فإذا أدى حكمنا بعتق أبيه قبل موته وعتق الولد لأن الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الأداء وصار كما إذا ترك وفاء وإن ترك ولدا مشترى في الكتابة قيل له إما أن تؤدي بدل الكتابة حالة أو ترد رقيقا عند أبي حنيفة رحمه الله وأما عندهما يؤديه إلى أجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع أنه مكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى إعتاقه بخلاف سائر أكسابه ولأبي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين أن الأجل يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل لأنه لم يضف إليه العقد ولا يسري حكمه إليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لأنه متصل وقت الكتابة فيسري الحكم إليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه فإن اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لأنه لما حكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لأنه تبع لأبيه في الكتابة فيكون هذا حرا يرث عن حر وكذلك إن كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لأن الولد إن كان صغيرا فهو تبع لأبيه وإن كان كبيرا جعلا كشخص واحد فإذا حكم بحرية الأب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر **قال** فإن مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا وفاء لمكاتبته فجنى الولد فقضي به على عاقلة الأم لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب

نفسه معقودا عليه بيان المعقود عليه إنما هو ملائمة بالآية المنزل لما مر حواليه المصنف لم يتعرض في كلامه هذا لمنع ذلك قط ولا لبيان أن المعقود عليه ماذا فلا مجال لأن يكون كلامه هذا جوابا عن ذلك السؤال لأن بطلان العقد بهلاك المعقود عليه أمر مجمع عليه لا يحتمل جوازه فيكون الحاجة أدعى إلى البيان بعد أن بأن المعقود عليه فلا يفيد المقدمات المذكورة ههنا شيئا في دفع ذلك السؤال أصلا ثم إن بعض الفضلاء قدح فيما جوزه صاحب العناية من كون كلام المصنف هذا جوابا عما ذكر بوجه آخر حيث قال فيه أن التعليل بقوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فإنه صريح في عدم كون المكاتب معقودا عليه اللهم إلا أن يحمل على الكلام التنزلي انتهى أقول ليس بتام لأن كون قوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر صريحا في عدم كون المكاتب معقودا عليه ممنوع لاحتمال أن يكون المكاتب مع كونه أحد المتعاقدين معقودا عليه أيضا لوقوع العقد على نفسه ألا يرى إلى قولهم في تصوير مسألة كتابة العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غائب بأن يقول العبد كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب ولئن سلم كونه صريحا في ذلك فعدم كون المكاتب معقودا عليه عندنا لا يستدعي عدم كونه كذلك عند الخصم أيضا والسؤال المذكور إنما يتوجه من قبل الخصم فلو قصد المصنف بقوله بل ولي الجواب عنه لم يكن منافيا لقوله السابق بل يكون مقررا له فلا احتياج إلى التنزل بل لا معنى له يظهر ذلك كله بالتأمل الصادق **قوله** فينزل حيا تقديرا أو يستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت ويكون أداء خلفه كأدائه هذا إشارة إلى الجواب عما ذكره الخصم من الترديد بوجهين ذهب إلى كل واحد منهما جماعة من أصحابنا أحدهما أنه يعتق بعد الموت بأن ينزل حيا تقديرا كما أنزلنا الميت حيا في حق بقاء التركة في حق ملكه فيها إذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث وكما قدرنا المولى حيا ومالكا ومعتقا في فصل موت المولى وثانيهما أنه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته بأن يستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت ويجعل أداء خلفه كأدائه بنفسه هذا زبدة ما في شروح هذا الكتاب وغيرها في هذا المقام ثم أقول من العجائب ههنا أن صاحب الإصلاح والإيضاح بدل كلمة أو في أو يستند الحرية بكلمة الواو فقال في شرحه في أثناء تقرير تعليل أئمتنا في هذه المسألة فينزل حيا تقديرا ويستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت وقال في حاشيته على قوله ويستند الحرية هذا من تمام التعليل فمن قال أو يستند فقد أخطأ انتهى وفسر القائل في حاشيته بصاحب الهداية ولا يخفى على الناظر في شروح الهداية وغيرها من الكتب المبسوطة أن المخطئ هو هذا المخطئ فإن المقصود من كلمة أو هو الإشارة إلى المسلكين المختلفين المنقولين في إثبات قول أئمتنا في مسألتنا هذه فحق التعبير أن يذكر كلمة أو دون كلمة الواو ولعل منشأ غلط ذلك المخطئ أنه زعم أن قول صاحب الهداية أو يستند الحرية إلى آخره معطوف على أول التعليل وهو قوله ولنا أنه عقد معاوضة فحسبنا بأنه من تمام التعليل المذكور فكيف يعطف عليه بكلمة أو ولا ريب أنه معطوف على قوله فينزل حيا تقديرا وأنه لا محذور في إتمام التعليل بأحد الأمرين بل فيه تربية الفائدة بتوسيع الدائرة **قوله** ولا يسري حكمه إليه لانفصاله قال بعض الفضلاء فيه بحث انتهى أقول الظاهر أن مراده بالبحث هو أنه لو لم يسر حكم عقد الكتابة إليه لما دخل في كتابة أبيه وقد مر في أول فصل أول من باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله أنه إذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته وأيضا لو لم يسر حكمه إليه لما عتق بأداء بدل الكتابة حالا لكنه ساقط بوجهين أما سقوط وجه الأول فلأن دخول الولد المشترى في كتابة أبيه ليس لسراية حكم عقد الكتابة الذي جرى بين المكاتب ومولاه إليه بل يجعل المكاتب مكاتبا لولده باشترائه إياه تحقيقا للصلة بقدر الإمكان كما أن الحر إذا اشترى ولده يصير معتقا له بالاشتراء وأما سقوط وجه الثاني فلأن عتق الولد المشترى عنده بأداء بدل الكتابة حالا ليس لأجل السراية أيضا بل لصيرورة المكاتب إذ ذاك بمنزلة من مات عن وفاء وقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال كان ينبغي أن يباع بعد موته لفوات المتبوع لكن إذا عجل صار كأنه مات عن وفاء انتهى فتبصر **قوله** وإن مات المكاتب وله ولد من حرة إلى آخره قال صاحب العناية ذكر هذه المسألة والتي بعدها لبيان الفرق بينهما أقول هذا الكلام لا حاصل له لأن الفرق يتحقق بين كل مسألتين وإلا لم تكونا مسألتين بل صارتا مسألة واحدة فكل مسألتين إذا ذكرتا

اليد

لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فيجر الولاء الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا وان اختصم موالي الام وموالي الاب في ولائه فقضى به لموالي الام فهو قضاء بالعجز لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا وذلك يبتني على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت **واتصل بها الاداء** مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا **قال** وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فان العين يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة رضي الله عنها هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني والهاشمي لان المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل الملك فلا يطيب ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ولو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب هذا عند محمد رحمه الله ظاهر لان بالعجز يتبدل الملك عنده وكذا عند ابي يوسف رحمه الله وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده

يعرف الفرق بينهما فما وجه تخصيص عليه ببيان الفرق بذكره لهاتين المسئلتين فان قيل الفرق بين هاتين المسئلتين بيانه اهم فيهما ولهذا اخص عليه بذكرهما قلنا الفرق ايضا متحقق في كثير من المسائل التي لم يذكر فلم يتم وجه التخصيص ايضا ولو كان ذكرهما لمجرد بيان الفرق بينهما لما تحققت فيه منهما الذكر منفردة عن الاخرى لا شك ان كل واحدة منهما مسئلة مهمة بنفسها مقصودة بالذكر والبيان فالصحيح ان الفرق بين مفهومي هاتين المسئلتين ظاهر غني عن البيان انما المحتاج الى البيان هو الفرق بين علتيهما وبيان الفرق بين علتيهما انما وقع في الهداية واما المسئلتان انفسهما مذكورتان في البداية ايضا بدون بيان العلة فلم يكن ذكرهما لبيان الفرق بينهما بل كان لبيان حكمهما في انفسهما وتفهيم الفرق بينهما من حيث الحكم كما في سائر المسائل **قوله** لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان فيها من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل ان يعتق فينجر الولاء الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا قال صاحب العناية في حل هذا المحل لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر شيئا لا يبطله اما انه يقرر حكم الكتابة فلان الكتابة تستلزم الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل ان يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا اكذب الملاعن نفسه عاد النسب اليه فكذا الولاء وكان ايجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه واما ان كل ما يقرر شيئا لا يبطله فلما لا يعود على موضوعه بالنقض انتهى كلامه اقول وتقريره نوع اشكال على طريقة اهل المعقول فان قوله وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه ممنوع اذ لا يلزم من ثبوت اللازم ثبوت الملزوم لجواز ان يكون اللازم اعم من الملزوم ولا شك ان تحقق العام لا يستلزم تحقق الخاص والظاهر فيما نحن فيه عموم اللازم لان ايجاب العقل على موالي الام يتحقق في صورة ان يقضي بعجز المكاتب كما يتحقق في صورة ان يبقى على كتابته فلا يتم التقريب ثم اقول يمكن دفعه بان اللازم ههنا ليس مطلق ايجاب العقل على موالي الام بل ايجابه عليهم على وجه يحتمل ان يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى مواليه وايجابه عليهم على ذلك الوجه لازم مساو لصورة ابقاء الكتابة اذ في صورة القضاء بالعجز ينتفي هذا اللازم بانتفاء جزئه وهو احتمال جر الولاء كما صرح به في المسئلة الآتية لكن يبقى ههنا شيء وهو ان للمانع ان يمنع ثبوت هذا اللازم المقيد فيما نحن فيه لان ثبوته فيه يتوقف على ان لا يكون القضاء بموجب جناية الولد على عاقلة الام قضاء بعجز المكاتب وهو اول المسئلة فلا يخلو التعليل المذكور عن نوع المصادرة فتامل **قوله** وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك وتبدل الملك بمنزلة تبدل العين في الشريعة كذا في الكافي وعامة الشروح فان قيل ان ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك قلنا ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا في مقابلة ملك اليد للمكاتب حتى كان للمكاتب ان يمنع المولى عن التصرف في ملكه ولم يكن للمولى ان يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه ثم بالعجز ينعكس الامر وليس هذا الا تبدل الملك للمولى كذا قال جمهور الشراح واعترض صاحب العناية على هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب وفيه نظر لانا لا نسلم ان ذلك تبدل وان كان فلا نسلم ان مثله بمنزلة تبدل العين انتهى وقصد الشارح العيني دفع ذلك فقال قلت الاول كلام منع مجرد والثاني دعوى بلا برهان انتهى اقول ليس بشيء فان المنع المجرد والمنع مع السند كلاهما من آداب المناظرين غاية الامر ان الثاني اقوى من الاول فلا يفيد قوله الاول كلام منع مجرد واما قوله والثاني دعوى بلا برهان ففاسد اذ لا دعوى له في الثاني بل هو ايضا منع محض كما ترى فلا يلزمه البرهان والصواب في دفع ذلك ان يقال ان منع التبدل مكابرة اذ لا شك ان الانعكاس يقتضي التبدل بل هو عين التبدل وان منع كون مثل هذا التبديل بمنزلة تبدل العين ساقط لان كونه بمنزلة تبدل العين انما هو في حكم الشرع دون الحقيقة وكونه بمنزلته ذلك في حكم الشرع منصوص عليه من قبل الشرع فلا مجال للمنع ثم قال صاحب العناية ولعل الاولى ان يقال المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به وكان تبدلا انتهى ورد عليه الشارح العيني بانه ان لم يكن له ملك يد فله ملك رقبة اقول هذا ايضا كلام لغو اذ ان يكون له ملك رقبة قبل العجز لا ينافي تحقق التبدل بالنظر الى ملك اليد وهو كاف في كون ما ادى اليه المكاتب من الصدقات طيبا للمولى لما مر والصواب في الرد عليه ههنا ان يقال هذا الذي ذكره في مآل عين الجواب الذي اختاره جمهور الشراح واورد هو النظر عليه بل انقص ذلك الجواب من المزية وهي الاشارة الى جهة اعتبارهم تبدل ملك اليد دون بقاء ملك الرقبة بان

لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الآخذ لكونه اذلالا به فلا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل اذا وصل الى
وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة حيث يطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده قال واذا جنى العبد فكاتبه
مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدي لان هذا موجب جناية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا
زال عاد الحكم الاصلي وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما قلنا من زوال المانع وان قضي به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة الى القيمة بالقضاء
وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد رجع ابو يوسف رحمه الله اليه وكان يقول اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء وهو قول زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت
موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء او الرضاء وصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ
على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال قال واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي الى ابطال حق المكاتب
اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه وقيل له اد المال الى ورثة المولى على نجومه لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير
الا ان الورثة يخلفونه في الاستيفاء فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بسبب الوراثة فان اعتقوه جميعا عتق وسقط
عنه بدل الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث فاذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا ابراه المولى الا انه اذا اعتقه احد الورثة لا يصير ابراء
عن نصيبه لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والاعتاق لا يثبت بابراء البعض او ادائه في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة والله اعلم

كتاب الولاء قال الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة

ملك المرقبة مغلوب في مقابلة ملك اليد فكان اعتبار حال الغالب بعد التبدل اولى من اعتبار حال المغلوب في حال البقاء فلا وجه لايراد النظر على ذلك الجواب وذكر هذا
من عند نفسه وادعاء انه اولى من ذلك قوله لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الآخذ الى قوله والاخذ لم يوجد من المولى قال بعض الفضلاء فعلى هذا لو اباح الفقير
للغني او الهاشمي ينبغي ان يطيب لهما عنده اذ لا اخذ منهما كما لا يخفى انتهى اقول ان لم يوجد منهما الاخذ من يد المتصدق فقد وجد منهما الاخذ من يد الفقير حيث تناولا ما كان
في يده وملكه فقد تحقق في حقهما هناك سبب الخبث اذ لا فرق في ايراث الخبث بين اخذ من احد واخذ من آخر لو وجد الاخذ لا بالاخذ بخلاف المولى فيما نحن فيه فانه لم يوجد منه الاخذ لا من
يد المتصدق وهو ظاهر ولا من يد العبد فان اكسابه ملك مولاه عند ابي يوسف فبالعجز لا يتبدل الملك فلا يوجد منه الاخذ بل يبقى ملكه في يده على حاله كما يرشد اليه تشبيهه بابن السبيل
اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة فان قلت لا شك انه كان للمكاتب ملك اليد قبل العجز بالاتفاق ولهذا كان له منع المولى عن التصرف
فيما في يده فبالعجز انتقل ذلك الملك منه الى المولى فوجد من المولى الاخذ من يد العبد بهذا الاعتبار قلت ذاك الانتقال ضروري والاخذ فعل اختياري فلا يعد ذلك اخذا ولو سلم
ان يعد ذلك اخذا فاللازم فيما نحن فيه عند ابي يوسف اخذ المولى ملك نفسه من يد عبده والذي كان سببا للخبث انما هو اخذ ملك الغير من يده وهو متحقق عند اباحة الفقير
للغني والهاشمي فوضح الفرق بين ذلك وبين ما نحن فيه قوله ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء او الرضا قال صاحب العناية
فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه لان مذهب زفر ان جناية المكاتب تصير في الحال من غير توقف على الرضا او القضاء فما وجه اخذه في الدليل قلنا
ظهوره فان التردد في زوال المانع يمنع الانتقال الا بمكان عجز والموجب الاصلي انتهى كلامه اقول فيه بحث اذ للمانع ان يمنع ان مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال كيف وهذا
التردد متحقق فيما اذا عجز بعد القضاء ايضا مع ثبوت الانتقال هناك بالاتفاق فلم لا يجوز ان لا يمتنع هنا ايضا كما هو مذهب زفر وقول ابي يوسف اولا فمن
اين ثبت الظهور ولو سلم ان مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال في الحال لزم ان يكون قوله ولم يثبت الانتقال في الحال مستدركا بعد ان قال ان المانع قابل
للزوال للتردد وكان حقه ان يقول فلم يثبت الانتقال في الحال بالتفريع على ما قبله كما لا يخفى على ذي مسكة وكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث قال ولما كان المانع مترددا
لم يثبت الانتقال عن الموجب الاصلي الا بالقضاء او الرضا

كتاب الولاء

اورد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب لان الولاء من آثار التكاتب بزوال ملك الرقبة عند اداء بدل الكتابة وهو ان كان من آثار الاعتاق ايضا الا ان موجبات ترتيب الكتب
السابقة ساقت التكاتب الى هذا الموضع فوجب تاخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الاثر على المؤثر ثم ان الولاء لغة مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول
من غير فصل ويسمى ولاء العتاقة وولاء الموالاة به لان حكمهما وهو الارث يقرب ويحصل عند وجود شرطه من غير فصل وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع
بولاء العتق وولاء الموالاة فالولاء شرعا عبارة عن التناصر سواء كان بالاعتاق او بعقد الموالاة ولهذا قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر كذا في النهاية
ومعراج الدراية اقول فيه نوع اشتباه لان الظاهر ان الوصفة الثاني من المتقاربين كما يفصح عنه قوله وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل فهو فيما نحن فيه صفة حكم ولاء العتاقة وولاء
الموالاة لا صفة نفسهما فكيف يتيسر تسميتهما بما لا يقوم بمعنى ماخذ اشتقاقه بهما بل بما هو خارج عنهما وهو حكمهما واما ثانيا فلان ما ذكر في المبسوط من ان المطلوب بكل واحد منهما
التناصر انما يدل على كون التناصر غيرهما لا نفسهما اذ لا يخفى على الفطن ان المطلوب بالشيء لا يكون نفسه بل يكون امرا مغايرا له اذ لا معنى لكون الشيء وسيلة الى نفسه فكيف يتم
الاستشهاد على كون ولاء العتاقة وولاء الموالاة في الشرع عبارة عن التناصر بان قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر وقال في العناية الولاء في اللغة عبارة
عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل انتهى اقول فيه

وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر باشياء وقرر النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف قال واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق

الى لان الولاء مشتق من الولي الذي هو القرب لا يكون عبارة عن النصرة والمحبة بل يكون عبارة عن القرابة لان الاشتقاق ان يجد بين اللفظين تناسبا في اللفظ والمعنى ولا تناسب في المعنى بين الولي الذي معناه القرب وبين الولاء بمعنى النصرة والمحبة وانما التناسب في اللفظ والمعنى بين الولي بمعنى القرب وبين الولاء بمعنى القرابة وعن هذا قال في الكافي والكفاية هو من الولي بمعنى القرب ويقال بينهما ولاء اي قرابة ومنه قوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب وصلة كوصلة النسب انتهى فالولاء الذي يكون عبارة عن النصرة والمحبة انما يشتق من الولاية بالفتح بمعنى النصرة وعن هذا قال في النهاية ومعراج الدراية بعد بيان كون الولاء في اللغة مشتقا من الولي بمعنى القرب وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة انتهى وقال في التبيين هو من الولي بمعنى القرب فهو قرابة حكمية حاصلة من العتق او الموالاة ثم قال ومن الموالاة وهي مفاعلة من الولاية بالفتح وهو النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة انتهى فقد ظهر ان قول صاحب العناية الولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب خلط بين المعنيين واخلال بحق البيان **قوله** وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له انما قيد بقوله في الصحيح احترازا عن قول اكثر اصحابنا فانهم يقولون سببه الاعتاق ويستدلون بقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ولكنه ضعيف فان من ورث قريبه فعتق عليه كان الولاء له ولا اعتاق هناك فالصحيح ان سببه العتق على ملكه الا يرى انه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق والحكم يضاف الى سببه واما قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق فالمراد به ان الولاء بسبب العتق لا بسبب الاعتاق فان في الاعتاق عتقا بدون العكس هذا زبدة ما في جملة الشروح ههنا وقال في البدائع اما سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلا بصنعه وهو الاعتاق او ما يجري مجرى الاعتاق شرعا كشراء القريب وقبول الهبة والصدقة والوصية او بغير صنعه بان ورث قريبه سواء اعتقه تطوعا او عن واجب عليه كالاعتاق عن كفارة القتل والظهار والافطار واليمين والنذر وسواء كان الاعتاق بغير بدل وبدل وهو الاعتاق على مال او كان منجزا او معلقا بشرط او مضافا الى وقت وسواء كان صريحا او يجري مجرى الصريح او كناية او يجري مجرى الكناية وكذا العتق الحاصل بالتدبير والاستيلاد والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق من غير فصل الى هنا لفظ البدائع اقول كون الحديث المذكور اصلا في حق الصور المزبورة كلها محل نظر فان في صورة ان كان العتق حاصلا بغير صنعه كما اذا ورث قريبه لا يوجد الاعتاق فلا يندرج تحت قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق فليتامل في الدفع **قوله** والمعنى فيهما التناصر قال صاحب العناية قوله والمعنى فيهما التناصر بيان مفهومها الشرعي انتهى اقول فيه بحث اذ ليس مفهومها الشرعي مطلق التناصر بل تناصر يوجب الارث والعقل كما صرح به الشارح المزبور وغيره وبهذا الخصوص يمتاز مفهومها الشرعي عن مفهومها اللغوي كما عرفت فلو كان مراد المصنف بقوله المذكور بيان مفهومها الشرعي لما اطلق التناصر بل خصصه بما هو معتبر في مفهومها الشرعي على انه لو كان مراده بيان مفهومها لغويا كان او شرعيا لقال ومعناهما التناصر دون ان يقول والمعنى فيهما التناصر كما لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام فالحق ان مراد المصنف بقوله المذكور بيان المقصود منهما لا بيان مفهومها وعن هذا قال صاحب الكافي بدل قول المصنف والمعنى فيهما التناصر والمطلوب بكل واحد منهما التناصر كما قال في المبسوط ايضا كذلك على ما تقرر **قوله** واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق قال صاحب العناية وجه الاستدلال ان الحكم اذا ترتب على مشتق دل على ان المشتق منه علة لذلك الحكم انتهى اقول الذي يجب علينا ان حمل هذا المحل بهذا الوجه ليس بسديد اذ لا شك ان المطلوب بهذه المسئلة بيان من له الولاء لا بيان علة الولاء والوجه المذكور انما يفيد الثاني دون الاول فلا يتم التقريب الصواب ان وجه الاستدلال ههنا هو ان لام الجنس في قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق تفيد انحصار بسببه

ولان التناصر به فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولادة ولان الغنم بالغرم ولذلك المرأة تعتق لما روينا ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما عن بنت فجعل النبي عليه السلام المال بينهما نصفين ويستوي فيه الاعتاق بمال وبغيره لاطلاق ما ذكرناه **قال** فان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح **قال** واذا ادى المكاتب عتق والولاء للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه بعد موته لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه وان مات المولى عتق مدبروه وامهات اولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق عليه

في قوله لمن اعتق تدل على ان جنس الولاء لمن اعتق دون غيره كما قالوا في قوله تعالى الحمد لله دل بلام الجنس والاختصاص على اختصاص جنس المحامد بالله تعالى ثم قال صاحب العناية فان قيل الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سببا لان اعتق مشتق من الاعتاق فالجواب ان الاصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق انتهى كلامه اقول في جوابه نظر لان كون مصدر الثلاثي اصلا في الاشتقاق لا يستدعي كونه اصلا في العلية لترتب الحكم على المشتق من المزيد عليه كما فيما نحن فيه فان كثيرا من مصادر المزيدات يصلح علة لما لا يصلح له مصادر الثلاثي الا يرى ان الاعتاق مثلا يكون علة للعتق ولا ريب ان العتق لا يكون علة لنفسه الى غير ذلك من الصور ومدار السؤال على العلية فلا يدفعه الجواب المزبور **قوله** ولان التناصر به فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولادة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ولان التناصر به اي بسبب الاعتاق دليل على الاثرين الثابتين به وهما العقل والميراث وتقريره المولى ينتصر بمولاه بسبب العتق ومن ينتصر بشخص يعقله لان الغنم بالغرم فحيث يغنم بنصره يغرم بعقله والمولى احياه معنى بازالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكما الا يرى انه لا يثبت في حقه كثير من الاحكام التي تعلقت بالاحياء من القضاء والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى العيدين لاشتغاله بذلك وبالاعتاق يثبت له هذه الاحكام في حقه وكان احياء معنى ومن احيا غيره معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولادة يوجب الارث فكذلك الولاء انتهى كلامه اقول في اوائل تقريره الدليل خلل لانه اعتبر النصر في جانب المولى بمعنى العتق والانتصار في جانب المولى بمعنى المعتق بالكسر كما لا يخفى على من تامل في اسلوب كلامه سيما في قوله فحيث يغنم بنصره يغرم بعقله والظاهر ان الامر بالعكس اذ المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر حيث ينال شرف الحرية بسبب اعتاقه ذلك اياه فهو الغانم والغارم ايضا فاذا استدل على ان من ينتصر بشخص يعقله بان الغنم بالغرم وليس بصحيح لانه ان رجع ضمير الفاعل المستتر في تعقله الى من ينتصر كما هو الظاهر من سوق كلامه لم يصح المدعي في نفسه مع ذلك لا يطابقه الدليل المذكور اما عدم صحة المدعي في نفسه فلان العاقل في الشرع هو الناصر لا المنتصر على ما تقرر في موضعه واما عدم مطابقة الدليل المذكور اياه فلان المدعي حينئذ وجوب العقل الذي هو الغرم بالانتصار الذي هو الغنم والدليل المذكور انما يفيد عكس ذلك فالدليل المطابق له عكس ما ذكره وهو الغنم بالغرم كما يلهم الحديث الشريف على ما ذكر في كتب الحديث ومر في هذا الكتاب ايضا في باب النفقة من كتاب الطلاق وان رجع ذلك الضمير الى شخص في قوله من ينتصر بشخص لم يصح الدليل المذكور اصلا لان الغانم هو المنتصر بشخص والغارم هو ذلك الشخص الناصر فلم يجتمع الغنم والغرم في شخص واحد حتى يصح الاستدلال بان الغنم بالغرم اذ لا شك ان غنم شخص لا يصير سببا لغرم شخص آخر والا للعكس ثم اقول الصواب ان مراد المصنف رحمه الله بقوله ولان التناصر به فيعقله هو ان المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر بسبب اعتاقه اياه فيعقله اي فيعقل المعتق بالكسر المعتق بالفتح بناء على ان مدار العقل ان يكون ناصرا كما تقرر في كتاب المعاقل حيث صرحوا فيه بان وجه ضم العاقلة الى الجاني في الدية دون غيرهم هو ان الجاني انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا بالضم اليه **قوله** ولان الغنم بالغرم **قال** صاحب العناية قوله ولان الغنم بالغرم يجمع الوجهين فلهذا اخره انتهى اقول يريد بالوجهين العقل والارث لكنه منظور فيه اما اولا فلما نبهنا عليه فيما مر آنفا من ان الدليل على ان يعقل المعتق انما هو كون الغرم بالغنم لا كون الغنم بالغرم والمذكور ههنا هو الثاني فكيف يجمع الوجه الاول واما ثانيا فلانه جعل قول المصنف فيما قبل ولان التناصر به فيعقله مبنيا على كون الغنم بالغرم كما عرفت فكيف يتشبث حينئذ بواو العطف في قول المصنف ولان الغنم بالغرم بالنظر الى الوجه الاول اذ العطف يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه الا ان نجعل قول المصنف ولان الغنم بالغرم دليلا على الوجهين معا لكن المعنى الى انه انما يعقله لانه يرثه وانما يرثه لانه يعقله فيؤدي الى الدور كما لا يخفى فالصواب عندي ان قول المصنف ولان الغنم بالغرم دليل على الوجه الثاني فقط وهو الارث معطوف بحسب المعنى على قوله وقد احياه معنى بازالة الرق وكانه قال لانه احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ولان الغنم بالغرم فحيث يغرم بعقله يرث ماله كما ان قوله فيما سياتي ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنه الى آخره معطوف على قوله لما رويناه معنى كما صرح به الشارح المزبور وغيره هناك ونظائر هذا اكثر من ان تحصى

[illegible]

قوله وإذا تزوج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الأمة الأمة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه أبداً هذا لفظ القدوري قال المصنف في تعليله لأنه عتق على معتق الأم مقصوداً فلا ينتقل ولاؤه عنه عملاً بما رويناه وقال الشارح إنما صار الحمل معتقاً مقصوداً لأن المولى قصد إعتاق الأم والقصد إليها بالإعتاق قصد إلى جميع أجزائها والحمل جزء منها فصار معتقاً مقصوداً انتهى أقول يرد المخالفة بين ما ذكره هاهنا وبين ما ذكره المصنف في كتاب العتاق فإنه قال هناك وإن أعتق حاملاً عتق حملها تبعاً لها إذ هو متصل بها انتهى والظاهر منه أن يصير الحمل معتقاً تبعاً البتة لا مقصوداً فليتأمل في التوفيق **قوله** فإن أعتق الأب جر الأب ولاء ابنه انتقل عن موالي الأم إلى موالي الأب قال في الكافي فإن قيل الولاء كالنسب والنسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته فكذا الولاء يجب أن لا ينفسخ بعد ثبوته قلنا لا ينفسخ ولكن حدث ولاء أولى منه فقدم عليه كما نقول في الأخ إنه عصبة فإذا حدث من هو أولى منه في الإرث لا يبقى عصبة ولكن تقدم عليه انتهى وذكر صاحب غاية البيان أيضاً هذا السؤال والجواب نقلاً عن الشيخ أبي نصر أقول في الجواب إشكال وهو أنه لو لم ينفسخ الولاء بل قدم عليه ولاء أولى منه في الإرث لزم أن يرث موالي الأم عند انقطاع موالي الأب بعد انتقال الولاء منهم إليهم كما هو الحال في العصبة الأولى عند انقطاع العصبة الأولى منه كالأخ عند عدم الابن وابن الابن والأب ولم يقل أحد أن يرث موالي الأم بالولاء في حال بعد ما انتقل منهم الولاء بالجر **قوله** بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق إلى آخره قال صاحب النهاية ومعراج الدراية قول المصنف هذا إلى آخره يتعلق بقوله فإذا صار إلا عاد الولاء إليه يعني إذا ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ثم أعتق العبد يجر الابن من موالي الأم إلى موالي نفسه بخلاف ما إذا ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ثم أعتق بعد موت أو طلاق حيث لا يجر ولاء ابنه إلى موالي نفسه وإن كانت الولادة بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر بل يكون ولاء الولد لموالي الأم وإن أعتق الأب لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت لاستحالته من الميت وإلى ما بعد الطلاق أما إذا كان بائناً فلحرمة الوطء بعده وأما إذا كان رجعياً فلئلا يصير مراجعاً بالشك فاستند إلى حالة النكاح فكان الحمل موجوداً عند إعتاق الأم فعتق مقصوداً فلا ينتقل انتهى وادعى صاحب العناية أيضاً هذا المعنى وأكد بطريق النقض والجواب حيث قال ونقض قوله فإذا صار إلا عاد الولاء إليه بما إذا أعتقت المعتدة عن موت بأن كان كانت الأمة امرأة مكاتب فمات عن وفاء أو أعتقت معتدة عن طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الأم لم ينتقل عنهم وإن أعتق الأب والجواب أن العود إليه يعود إلا إذا ثبت بعد العتق للأب إلهية لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت وهو ظاهر وإلى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعي لأنه يصير مراجعاً بالشك لأنها إذا جاءت به لأقل من سنتين احتمل أن يكون موجوداً عند الطلاق فلا حاجة إلى إثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل أن لا يكون فيحتاج إلى إثباتها ليثبت النسب وإذا تعذر إضافته إلى ما بعد ذلك استند إلى حالة النكاح فإن كان الولد موجوداً عند الإعتاق فعتق مقصوداً ومن عتق مقصوداً لا ينتقل ولاؤه كما تقدم انتهى كلامه أقول مدار الكلام كله على أن يكون قول المصنف بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق إلى آخره متعلقاً بقوله فإذا صار إلا عاد الولاء إليه لكنه محل بحث فإن العود إنما يتصور فيما إذا ثبت الولاء أولاً لموالي الأب ثم انتقل إلى موالي الأم ثم عاد إلى موالي الأب وهذا إنما يتحقق فيما إذا تقدم عتق الأب على عتق الأم ولا يخفى أن عتق الأب متقدم على عتق الأم في صورة إن أعتقت المعتدة عن موت إذ لا مجال لإحداث العتق في الميت فلا يتصور هناك الصورة المذكورة أصلاً فلا يتوهم بها النقض أصلاً على قوله فإذا صار إلا عاد الولاء إليه حتى يحتاج إلى دفعه بقوله بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت وبالجملة لا مساس لتلك الصورة أصلاً بمسألة انتقال الولاء بالجر بخلاف الصورة الثانية وهي إذا أعتقت المعتدة عن طلاق فإنه يجوز هناك أن يقع عتق الأب قبل عتق الأم فتصير منشأ النقض بها على مسألة جر الولاء فيحسن تدارك دفعه فإن قلت قد ذكر

بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى وقولهما ان ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل لان تناصرهم بها فاغنت عن الولاء [illegible]

[illegible]

صاحب العناية رد هذه الصورة الاولى ايضا بما نحن فيه حيث قال في تصويرها بان كانت الامة امرأة مكاتب فمات عن وفاء فادى الى تأخر عتق الاب عن عتق الام
قلت لا يتيسر التاخير فيما قاله ايضا اذ قد مر في كتاب المكاتب ان في المكاتب الذي مات عن وفاء قولين عن اصحابنا احدهما مذهب الجمهور وهو انه يعتق
في آخر جزء من اجزاء حيوته فعلى هذا يتعين تقدم عتق الاب على عتق الام فيما صوره ايضا وثانيهما مذهب البعض وهو انه يعتق بعد الموت وذلك بان ينزل
حيا تقديرا في حق الاداء كما ينزل الميت حيا في حق التجهيز والتكفين فعلى هذا ان اللازم فيما صوره اعتبار عتقه بعد موته لا اعتبار عتقه بعد عتق امرأته المعتقة
عن موته حتى يتأخر عتقه عن عتقها اللهم الا ان يفرض تحقق الاداء عما تركه المكاتب وفاء بعدما اعتقت امرأته فيصير عتقه حين تحقق الاداء بعد الموت على مذهب البعض
فتامل قوله بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى لانه لا يملك شيئا ولان الرق اثر الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالى اومن كان ميتا فاحييناه اي
كافرا فهديناه فصار هذا الولد كانه لا اب له فينسب الى موالي الام ضرورة كذا في الشروح اقول ههنا شيء وهو انه ان كان المراد بكون العبد هالكا معنى انه
في حكم الميت كما هو الظاهر من قولهم لان الرق من اثر الكفر والكفر موت حكمي يرد عليه ان مجرد موت الاب لا يمنع ثبوت الولاء لمواليه بل انما يظهر اثر الولاء لهم
بعد موته اذ عند حيوته هو متقدم عليهم وان كان المراد بذلك انه في حكم مجهول الابوة وان ولده في حكم مجهول النسب كما هو المتبادر من قولهم فصار هذا الولد كانه
لا اب له يتجه عليه انه يلزم حينئذ ان لا يرث من هذا الولد من ينتمي اليه بابيه العبد من الاقارب الاحرار كالاخ من الاب والجدات على تقدير ان يبقى ابوه ذلك عبدا
لكونه في حكم مجهول النسب على الفرض المزبور والظاهر ان الامر ليس كذلك اذ قد تقرر في كتاب الفرائض ان المحروم عن الميراث كالكافر والقاتل والرقيق
لا يحجب من هو الوارث عند ائمتنا جميعا بل يرث الابعد عند حرمان الاقرب فالاولى ههنا ان يقال بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه لا اهلية له لرقه كما هو
مسالم بحيث الاهلية بزوال رقه فلا يثبت الولاء له ولا لمواليه سواء كان حيا او ميتا تدبر قوله ولهما ان ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة
فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم يعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف اقول لقائل ان يقول ظاهر
هذا التعليل يقتضي ان يكون موالي الام في هذه الصورة مقدمين في الارث على العصبات النسبية لولدها بل على اصحاب الفرائض لهم اذ لا شك
ان استحقاق كل من العصبات النسبية واصحاب الفرائض بالقرابة النسبية واذا كان النسب في حق العجم ضعيفا لا يصلح ان يعارض ولاء العتاقة فقد يرى ان لا يعارض احد من العجم في
الارث بجهة نسبية سواء كانت تلك الجهة جهة العصوبة او جهة الفرض موالي العتاقة لقوة ولاء العتاقة وضعف النسب في حق العجم مع ان المسئلة في الارث ليست كذلك اذ قد تقرر في
كتب الفروع وسيجيء في نفس هذا الكتاب ايضا ان مولى العتاقة مطلقا مؤخر في الارث عن اصحاب الفرائض وعن العصبات النسبية وانما يقدمون على ذوي الارحام فليتامل في التوجيه

فصل

في ولاء الموالاة اخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة اقوى لانه غير قابل التحول والانتقال
اذ يبقى في جميع الاحوال بخلاف ولاء الموالاة فان للمولى فيه ان ينتقل قبل العقل ولانه يوجد في ولاء العتاقة الاحياء الحكمي ولا يوجد في ولاء الموالاة
اصلا ولان ولاء العتاقة متفق عليه في انه سبب للارث وانه مقدم على ذوي الارحام بخلاف ولاء الموالاة فان الشعبي لم يقل بولاء الموالاة وقال لا ولاء الا ولاء العتاقة وبه اخذ
الشافعي رح ومالك رح واحمد رح ثم ان معنى مطلق الولاء لغة وشريعة قد تقدم في صدر كتاب الولاء وتفسير هذا الولاء على ما ذكر في الذخيرة وغيرها هو ان يسلم رجل على يد رجل فيقول الذي
سلم على يده او لغيره واليتك على اني ان مت فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه قال في العناية والنهاية وله ثلث شرائط احدها
ان يكون مجهول النسب بان لا ينسب الى غيره وان نسبه غيره اليه فهو تابع والثانية ان لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع احد وقد عقل عنه والثالثة ان لا يكون عربيا
اقول فيه كلام اما اولا فلان الشريطة الاولى تغني عن الشريطة الثالثة اذ لا ريب انه في نسب العرب فيظهر باشتراط كون المولى مجهول النسب اشتراط ان لا يكون

ولابد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة قال وللمولى ان ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا للاعلى ان يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم

غيرها الا ان يكون ذكر الثلثة استطرادا من قبيل التصحيح باعلم التزاما واما ثانيا فلانه ان اريد حصر شرائط الولاء في هذه الثلث كما هو المتبادر من ذكر العدد في هذا المقام فليس بصحيح اذ من شرائطه ايضا شرط الارث والعقل كما صرح به المصرح فيما بعد حيث قال ولابد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب وصرح به صاحب الكافي ايضا حيث قال وانما يصح ولاء الموالاة بشرائط منها ان يشترط الميراث والعقل وصرح به صاحب الكفاية ايضا حيث قال له شرائط وعد منها ان يشترط الارث والعقل وان لم يرد حصر شرائطه في هذه الثلث يكون تخصيص هذه الثلث بالذكر خاليا عن الفائدة ويكون ذكر العدد عبثا ولا يكون للسؤال والجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية متصلا بذلك كما ستعرفهما وجه لان مدارهما على ارادة الحصر والا لا يتوجه ذلك السؤال راسا فلا يحتاج الى الجواب عنه اصلا وقال في العناية فان قيل من شرط العقد عقل الاعلى وحريته فان موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلثا اجيب بان المذكور انما هي الشرائط العامة المحتاج اليها في كل واحد من الصور واما ما ذكرت فانما هو نادر فلم يذكره انتهى اقول لا صحة لهذا الجواب جدا فان عقل الاعلى وحريته ايضا من الشرائط العامة المحتاج اليها في كل واحد من صور الموالاة اذ لا شك ان عقد الموالاة لا يصح بدون عقل المتعاقدين في شيء من الصور اذ لا يتصور الايجاب والقبول بدون العقل وكذا لا يجوز موالاة العبد اصلا بغير اذن مولاه وان اذن له مولاه في القبول كان عقده كعقد مولاه فيكون الولاء للمولى نص عليه في المبسوط وغيره فلا معنى لقوله واما ما ذكرت فانما هو نادر فلم يذكره ثم ان في تقرير السؤال اختلالا فان تقييد العقل بعقل الاعلى في قوله من شرط العقد عقل الاعلى مما لا وجه له لان عقل الاسفل ايضا شرط العقد اذ لا يتصور الايجاب بدون العقل كما لا يتصور القبول بدونه وقد افصح عنه صاحب البدائع حيث قال واما شرائط عقد الموالاة فمنها عقل العاقدين اذ لا صحة للايجاب والقبول بدون العقل وكذا التقييد الحرية بالاضافة الى ضمير الاعلى في قوله وحريته مما لا وجه له اذ حرية الاسفل ايضا شرط بل هي اظهر اشتراطا من حرية الاعلى لانه لا يجوز ايجاب العبد عقد الموالاة ولو اذن له مولاه ذلك وانما يجوز قبوله اياه باذن مولاه ويصير الولاء للمولاه كما مر جوابه وايضا لا وجه لترك ذكر البلوغ في اثناء تقرير السؤال فانه من شروط عقد الموالاة كالعقل والحرية نص عليه في المبسوط والبدائع مع ان قوله فان موالاة الصبي في قوله فان موالاة الصبي والعبد باطلة اوفق باشتراط البلوغ من اشتراط العقل فان الصبي قد يكون عاقلا فلم يكن البطلان موالاته لعدم عقله بل كان لعدم بلوغه كما لا يخفى قوله ولابد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب اشارة الى ما ذكره القدوري في مختصره بقوله واذا اسلم الرجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه ويعقل عنه وقد مر من قبل وقد اعترض صاحب غاية البيان على وجوب اشتراط الارث والعقل في صحة عقد الموالاة حيث قال قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي قال ابراهيم النخعي اذا اسلم الرجل على يد رجل فانه يرثه ويعقل عنه وله ان يتحول بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه فاذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول الى غيره وهذا قول ابي حنيفة رح وابي يوسف رح ومحمد رح هذا لفظ الكافي بعينه وهذا يدل على ان شرط الارث والعقل ليس بموقوف عليه صحة الموالاة بل مجرد العقد كاف بان يقول احدهما واليتك والآخر قبلت لان الحاكم لم يذكر الارث والعقل شرطا لصحة الموالاة بل جعلهما حكما لها بعد صحتها فافهم ويدل على ما قلنا قول القدوري في مختصره واذا اسلم على يد غيره ووالاه يؤيده قول صاحب التحفة وتفسير عقد الموالاة ان من اسلم على يد رجل وقال له انت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت وقال الآخر قبلت ينعقد بينهما عقد الموالاة وكذلك اذا قال واليتك والآخر قبلت وكذا اذا عقد مع رجل غير الذي اسلم على يديه الى هنا لفظ التحفة انتهى كلام صاحب الغاية اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان شيئا مما ذكره لا يدل على عدم اشتراط الارث والعقل في صحة عقد الموالاة اما ما نقله عن الكافي للحاكم الشهيد فلانه يجوز ان يكون عدم وقوع التصريح باشتراطهما هناك بناء على ظهور تضمن الموالاة اشتراطهما فيكون قوله ووالاه في قوله اذا اسلم الرجل على يدي رجل ووالاه مغنيا عن ذكر ذلك فلا يدل على ان مجرد ان يقول احدهما واليتك والآخر قبلت كاف في تمام عقد الموالاة وجعل نفس الارث والعقل حكما للموالاة لا ينافي كون ذكرهما في العقد شرطا لصحة العقد كما لا يخفى واما قول القدوري في مختصره اذا اسلم على يد غيره ووالاه فلا اشكال ان مراد القدوري بقوله ذلك انما هو بيان الاسلام على يده ليس بشرط في صحة

الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول
لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قال واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه الى غيره لانه تعلق به
حق الغير ولانه قضى به القاضي ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل
واحد منهما ان يتحول لانهما في حق الولاء كشخص واحد قال وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الادنى

عقد الموالاة لان ذكر الارث والعقل ليس بشرط فيها واما قول صاحب التحفة فلان محل توهم عدم اشتراط الارث والعقل انما هو قوله وكذلك لو قال ابتك وا
والآخر قبلت ويجوز ان يكون مراده بذلك كذلك لو قال واليتك بدل قوله انت مولاي فقط لا بدل مجموع قوله انت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني
اذا جنيت فلا دلالة على عدم اشتراطهما وبالجملة ان عدم التصريح بالشرط عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورة الموالاة لا يدل على عدم اشتراط ذلك اذ يجوز ان يكون
عدم التصريح به بناء على ظهوره من بيانهم اياه على الاستقلال الا يرى ان لصحة عقد الموالاة شرائط كثيرة ككون المولى مجهول النسب وكونه غير معتق
وكونه غير عربي وغير ذلك مع انهم لم يصرحوا بشيء من ذلك عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورته **قوله** الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل
قصدا اورد عليه بان سبب اشتراط حضرة الوكيل في حق العزل ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه اذا كان نقد من مال الموكل على
ما مر في الوكالة فما معنى اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الاعلى والاسفل واجيب عنه بوجهين احدهما ان سبب الاشتراط ههنا هو السبب هناك وهو دفع
الضرر فان العقد كان بينهما وفي تفرد احدهما الزام الفسخ على الآخر بدون علمه ونفس الزام احدهما حكم الفسخ على الآخر بدون علمه ضرر لا محالة لان فيه جعل عقد الرجل
العاقل البالغ كلا عقد وفيه ابطال فعله فلا يجوز بدون العلم كذا في الشروح وقال في النهاية وهذا الوجه هو الذي اختاره في المبسوط وقصر صاحب العناية ذكر
الجواب على هذا الوجه فكانه اختاره ايضا اقول هذا الوجه مختل للكلام فان كون نفس الزام الفسخ على الآخر ضررا امر ظاهر لما ذكر من ان فيه ابطال فعل العاقل البالغ اذا
دخل فيه عدم علم الآخر بذلك الالزام في كونه ضررا فغير ظاهر اذ على تقدير علم الآخر به ليس له قدرة على دفع ذلك عن نفسه لاستقلال كل واحد منهما في فسخ العقد عند علم الآخر
بلا ريب فيتحقق ابطال فعل الآخر في صورة العلم ايضا بالضرورة والظاهر ان علم الانسان بالامر الذي يكرهه ولا يقدر على دفعه لا يجدي شيئا فاذن لم يظهر كون سبب اشتراط
توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد منهما دفع الضرر على هذا الوجه اللهم الا ان يقال دفع الضرر وان لم يتعين ههنا كما تعين في صورة العزل عن الوكالة الا انه محتمل
بان رضا الآخر بالبر والمجازات لكنه فيه ما فيه فتامل وثانيهما ان فسخ احدهما هذا العقد بغير محضر من صاحبه يتضمن اضرار الصاحب اما اذا كان الفسخ من الاسفل فلانه ربما يموت
الاسفل فيحسب الاعلى ان ماله صار ميراثا له فيتصرف فيه فيصير مضمونا عليه واما اذا كان الفسخ من الاعلى فلان الاسفل ربما يعتق عبيدا على حسبان ان عقل عبيده على
مولاه ولو صح فسخ الاعلى تجب العقل على الاسفل بدون علمه فيتضرر كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الذخيرة اقول هذا الوجه في الجواب هو الصواب لان حاصله ان
في الفسخ بدون علم صاحبه ضرر الاغترار وفي الاعلام دفع ذلك فلا بد منه ولا ريب ان هذا معقول المعنى **قوله** لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قيل عليه
لم لا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبة فسخ العقد الاول واجيب بان الولاء كالنسب والنسب ما دام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره وكذلك الولاء فعرفنا ان من
ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول كذا في عامة الشروح والكافي وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط اقول في الجواب بحث من وجهين الاول
ان قولهم والنسب ما دام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره ممنوع فانه اذا كانت الامة بين شريكين فجاءت بولد فادعياه ثبت نسبه منهما عندنا كما مر في باب الاستيلاد
من كتاب العتاق مدللا ومشروحا والثاني ان قياس الولاء على النسب يقتضي ان لا يصح عقد الولاء مع الثاني بعد ان يصح مع الاول اذ النسب لا يتصور ثبوته من
انسان بعد ثبوته من آخر فينبغي ان يكون الولاء كذلك على مقتضى القياس فمن اين يتصور الاستدلال لصحة عقد الولاء مع الثاني على بطلان عقده مع الاول ثم
اقول يمكن ان يجاب عن الاول بان المراد ان النسب ما دام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره ثانيا وثبوت نسب ولد الامة المشتركة بين رجلين منهما انما هو
فيما ادعياه معا واما اذا ادعاه احدهما اولا والآخر ثانيا فانما يثبت نسبه من الاول دون الثاني كما فصل في باب الاستيلاد من كتاب العتاق وعن الثاني بان القياس
في مجرد عدم صحة اجتماع ثبوته للشخصين في حالة واحدة اذا كان ثبوته لهما على سبيل التعاقب لا في عدم صحة الانتقال من احدهما الى الآخر فانه امر آخر تأمل

كتاب الاكراه

الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما توعد به وذلك انما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة والذي قاله ابو حنيفة رحمه الله ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم تكن القدرة في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدد به وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي اليه من الفعل قال واذا اكره الرجل على بيع ماله او على شراء سلعة او على ان يقر لرجل بالف او يواجر داره فاكره على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم

من كون الثابت لازما وعقد الولاء عقد غير لازم فيخالف النسب من هذه الحيثية فلهذا يصح الانتقال فيه دون النسب قال

كتاب الاكراه

قيل في مناسبة الوضع لما ذكر ولاء العتاقة لمناسبة المكاتب وذكر ولاء الموالاة لمناسبة ولاء العتاقة لان ايراد الاكراه عقيب ولاء الموالاة لمناسبة ان في كل منهما تغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فان ولاء الموالاة يغير حال المخاطب الذي هو المولى الاعلى من حرمة تناول مال المولى الاسفل بعد موته الى حله بالارث فلذلك الاكراه يغير حال المخاطب الذي هو المكره من حرمة المباشرة الى حلها في عامة المواضع ثم ان الاكراه في اللغة عبارة عن حمل الانسان على شيء يكرهه يقال اكرهت فلانا اكراها اي حملته على امر يكرهه واما في اصطلاح الفقهاء فقد ذكر في المبسوط ان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره من غير ان ينعدم به الاهلية في حق المكره او يسقط عنه الخطاب لان المكره مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب الا يرى انه متردد بين فرض وحظر واباحة ورخصة ويأثم مرة ويوجر اخرى وهو آية الخطاب وذكر في الايضاح ان الاكراه فعل يوجد من المكره فيحدث في المحل معنى يصير به مدفوعا الى الفعل الذي طلب منه وذكر في الوافي انه عبارة عن تهديد القادر غيره على ما هدده بمكروه على امر بحيث ينتفي به الرضا كذا في النهاية ومعراج الدراية قال في النهاية وكل من هذه الثلاثة ايها شئت قلت وقد اختار المصنف رحمه الله عبارة المبسوط كما ترى وسيجيء ما يتعلق بتفسيرها واما شرطه وحكمه فيأتي في الكتاب في اثناء المسائل

قوله لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته قال صاحب العناية وتفسيره ان يحمل المرء غيره على المباشرة حملا ينتفي به رضاه وهو اعم من ان يكون مع فساد اختياره او مع عدمه وهو اشارة الى نوعي الاكراه او يفسد به اختياره وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لا بد من تقديره الثاني او يفسد به اختياره فذلك انواع الاكراه الثلاثة وموضعه اصول الفقه انتهى كلامه اقول تقرير الشارح المذكور في تفسير كلام المصنف رحمه الله هنا عن سنن الصواب وسلك مسلكا لا يرتضيه احد من ذوي الالباب وان شئت ما هو التحقيق في هذا المقام فاستمع لما يتلو عليك من الكلام فاعلم ان الشائع المذكور في عامة الكتب من الاصول والفروع هو ان الاكراه نوعان نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وذلك بان يكون بالقتل او بقطع عضو وهو الاكراه الملجئ ونوع يعدم الرضى ولا يفسد الاختيار وذلك بان يكون بضرب او بقيد او بحبس وهو الاكراه الغير الملجئ وكل منهما لا ينافي الاهلية ولا الخطاب واما فخر الاسلام البزدوي فقال في اصوله الاكراه ثلاثة انواع نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وهو الملجئ ونوع يعدم الرضى ولا يفسد الاختيار وهو الذي لا يلجئ ونوع آخر لا يعدم الرضى وهو ان يهم بحبس ابيه او ولده او ما يجري مجراه والاكراه بجملته لا ينافي اهلية ولا يوجب وضع الخطاب انتهى قال صاحب الكشف في شرح هذا المقام من اصول فخر الاسلام الاكراه حمل الغير على امر يكرهه ولا يريد مباشرته لولا الحمل عليه ويدخل في هذا التعريف الاقسام الثلاثة المذكورة في الكتاب قال شمس الائمة هو اسم لفعل يفعله الانسان بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره ولم يدخل فيه القسم الثالث الذي ذكره في الكتاب وكانه لم يجعله من اقسام الاكراه لعدم ترتب احكامه عليه الى هنا كلام صاحب الكشف اذا عرفت هذا فقد ظهر لك ان ما ذكره المصنف رحمه الله ههنا من معنى الاكراه هو ما ذكره شمس الائمة في المبسوط بعينه وان القسم الثالث من الاقسام الثلاثة المذكورة في اصول فخر الاسلام غير داخل في هذا المعنى كما توهمه صاحب العناية وانما هو داخل في معنى الاكراه لغة كما اشار اليه صاحب الكشف وان وجه عدم ادخال ذلك القسم في معنى الاكراه شرعا عدم ترتب احكام الاكراه عليه في عرف الشرع وما ترتب عليه احكامه وانكشف عندك ايضا سر ما وقع في عامة الكتب من تنويع الاكراه الى نوعين فقط فان المقصود بالبيان في الكتب الشرعية احوال الاكراه الذي يترتب عليه الحكم الشرعي ثم ان ما ارتكبه صاحب العناية في تفسيره ذكر المصنف رحمه الله ههنا مع كونه خلاف ما هو الواقع كما عرفت غير صحيح في نفسه اما اولا فلانه جعل قول المصنف رحمه الله فينتفي به رضاه اعم من ان يكون

والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضاء فتفسد بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا
يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه يستضر به لفوات الرضاء وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب وعند
الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا ترى انه
لو اجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط
المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك
يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضاء فيجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات
الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته اما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق
الثاني قال رضي الله عنه ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضاء ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين

مع فساد اختياره وعدم صحة ان مقابلة قوله او يفسد به رضاه وتمنعه قطعا واما ثانيا فلانه قال ان قول المصنف رح او يفسد به اختياره يستلزم نفي عدم الرضاء
ولا معنى له لانه ان اراد انه بحسب ظاهره اي بدون تقدير شيء آخر يستلزم ذلك فليس كذلك قطعا لان فساد الاختيار انما يستلزم عدم الرضاء لا نفي عدمه وهو
ثبوت الرضاء وان اراد انه اذا اخرج عن ظاهره بتقدير لا كما ذكر فيما بعد يستلزم ذلك فليس كذلك ايضا اذ بتقدير لا يصير المعنى او لا يفسد به اختياره وذلك بان يصح
اختياره معه ولا شك ان صحة الاختيار لا يستلزم نفي عدم الرضاء وهو ثبوت عدم الرضاء لجواز ان يصح الاختيار وانعدم الرضاء كما في النوع الغير الملجي من نوعي الاكراه على
ما مر واما ثالثا فلانه قال وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير لا في او يفسد به اختياره وهو ايضا مختل لان هذا التقدير مع كونه خلاف الظاهر جدا في
مقام التعريف لا يجدي ما ذكره من كون مقصود المصنف رح الاشارة الى الانواع الثلثة للاكراه لان نفي فساد الاختيار انما يفيد صحة الاختيار وهي لا تقتضي الرضاء بل
يتحقق مع عدم الرضاء ايضا كما عرفت آنفا فلا يحصل الاشارة بقوله او يفسد به الاختيار على تقدير كلمة لا فيه الى القسم الثالث من الاكراه لصدقه على القسم الثاني من النوعين
الاولين كما ترى اللهم الا ان يقال نفي فساد الاختيار في مقابلة انتفاء الرضى يدل على بقاء الرضى في المقابل فيخرج القسم الثاني من النوعين الاولين كما لا يخفى على ذي
مسكة ان المعنى الذي نسبه الشارح المذكور ههنا الى المصنف رح كان يحصل بان يقال بدل قوله او يفسد به اختياره او لا ينتفي به رضاه فهل يجوز العاقل
لمثل المصنف رح ان يترك ذاك اللفظ الاقصر الخالي عن التمحلات باسرها واراد افادة ذلك المعنى الذي نسبه الشارح المذكور اليه ويختار ههنا اللفظ الاطول المشتمل على
تمحلات كثيرة في افادة ذلك المعنى ولعمري ان رتبة المصنف رح بمعزل عن مثل ذلك فالحق ان مراده بقوله فينتفي به رضاه اي ينتفي به رضاه بدون فساد اختياره بقرينة
مقابلة قوله او يفسد به اختياره فان العام اذا قوبل بالخاص يراد به ما عدا ذلك الخاص كما في قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى وكان قوله فينتفي به رضاه
اشارة الى احد نوعي الاكراه وهو غير الملجي وقوله او يفسد به اختياره اشارة الى النوع الآخر منهما وهو الملجي فانتظم كلامه من غير كلفة اصلا وانطبق لما في عامة الكتب
قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضاء اراد بهذه الاشياء القتل والضرب الشديد والحبس المديد وهذا مع كونه اظهر من ان يخفى قد خفي على الشارح العيني فقال في
تفسير قول المصنف رح بهذه الاشياء يعني بالبيع واخواته ولم يدر ان البيع واخواته من المكره عليه لا من المكره به وهذا نظير سائر سقطاته في كتابه هذا **قوله** بخلاف ما اذا
اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه اقول يرد على ظاهر هذا التحرير ان آخر الكلام يناقض اوله فانه قال
في اوله بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم فدل ذلك على تحقق الاكراه في هذه الصور ايضا والا لما قال بخلاف ما اذا اكره بل كان ينبغي ان
يقول بخلاف ما اذا ضرب بسوط او حبس يوما او قيد يوما وقال في آخره فلا يتحقق به الاكراه وهذا صريح في عدم تحقق الاكراه في تلك الصور فتناقضا والجواب ان
المراد بالاكراه في قوله بخلاف ما اذا اكره معناه اللغوي وهو حمل الانسان على امر يكرهه كما مر ولا شك في تحقق هذا المعنى في تلك الصور والذي نفاه في آخر الكلام
انما هو تحقق الاكراه على معناه الشرعي الذي يترتب عليه احكامه ولا تناقض ولك ان تقول التعبير بالاكراه في قوله بخلاف ما اذا اكره للمشاكلة كما في قوله تعالى
تعلم ما في نفسي ولا اعلم ما في نفسك فحينئذ لا يكون لفظ الاكراه ههنا حقيقة لا لغوية ولا شرعية بل يصير مجازا فلا تناقض اصلا **قوله** وكذا الاقرار حجة الى آخره قال في
النهاية والعناية قوله وكذا الاقرار حجة معطوف على قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضاء فتفسد اي والاقرار ايضا يفسد بالاكراه بهذه الاشياء وذلك لان الاقرار
انما صار حجة في غير الاكراه لترجح جنبة الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة انتهى اقول الظاهر عندي ان قوله وكذا الاقرار حجة الى غير معطوف
على قوله لان من شرط صحة هذه العقود التراضي الى قوله فتفسد لا على قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضاء فتفسد لان قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضى
بمنزلة الكبرى من الشكل الاول فعطف قوله وكذا الاقرار حجة الى آخره على تلك المقدمة من الدليل يقتضي المشاركة في المقدمة الاولى مع ان المذكور في حيز قوله وكذا الاقرار

ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخنا رحمهم الله جعلوه بيعا جائزا مفيدا لبعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه **قال** فان كان قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دليل الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع **قال** وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده لفساد العقد **قال** وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد وللمكره ان يضمن المكره لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكانه دفع مال البائع الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا اجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه اسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز والله اعلم

فصل وان اكره على ان ياكل الميتة او يشرب الخمر ان اكره على ذلك بحبس او ضرب او قيد لم يحل له الا ان يكره بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه فاذا خاف على ذلك وسعه ان يقدم على ما اكره عليه وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في حالة المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس او على العضو حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه ذلك يباح له ذلك ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به فان صبر حتى اوقعوا به ولم ياكل فهو آثم لانه لما ابيح كان بالامتناع عنه معاونا لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف انه لا يأثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فكان آخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم فكان اباحة لا رخصة

حجة ودليل مستقل في حق فساد الاقرار بالاكراه غير مستمد بمقدمة من الدليل السابق كما يفصح عنه التقرير المذكور في النهاية والعناية فالوجه ان يكون معطوفا على مجموع الدليل السابق لا على بعضه والذوق الصحيح يشهد بما ذكرناه كله تدبر ترشد **قوله** ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل قال بعض الفضلاء لا يخفى على من يعرف معنى الهزل ان بهذا القدر لا يكون المتكلم هازلا انتهى اقول لم يقل من جعله باطلا ان المتكلم به هازل حقيقة حتى يتجه عليه ما ذكره ذلك القائل بل قال انه كالهازل بناء على ان المتكلم بلفظ البيع هناك لا يقصد معنى البيع والا فلا شك ان من شرط كون المتكلم هازلا حقيقة ان يجري المواضعة قبل العقد بان يقال نحن نتكلم اللفظ العقد هازلا كما تقرر في علم الاصول وفي صورة بيع الوفاء لا يوجد ذلك الشرط قطعا ويرشد الى كون المراد ما ذكرناه قوله اعتبارا بالهازل فان معناه قياسا على الهازل ولا ريب ان القياس انما يتصور بين الشيئين المتغائرين بحسب الذات المشتركين في العلة

فصل قال اكثر الشراح لما ذكر حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الاكراه الواقع في حقوق الله تعالى وقدم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته انتهى اقول فيه كلام وهو انه قد ذكر في هذا الفصل حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد ايضا كما في مسئلة الاكراه على اتلاف مال مسلم بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه وكما في مسئلة الاكراه بقتل على قتل غيره فلم يتم ما ذكروه بالنظر الى شمول ذلك الفصل الاشبه ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال انما فصل الفصل لان ما تقدم مما يحل فعله قبل الاكراه ومسائل الفصل ليست كذلك لانها محظورة قبل الاكراه في حالة السعة **قوله** حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك اقول في قوله يباح له ذلك اشكال بان المباح ما استوى طرفا فعله وتركه كما تقرر في علم الاصول وفيما نحن فيه اذا خيف على النفس او على العضو كان طرف الفعل راجحا بل فرضا كما صرح به في كتب الاصول فاطلاق المباح على ذلك مع كونه منافيا لما تقرر عندهم في تفسير معنى المباح مخالف لما صرحوا به في كتب الاصول من كون ذلك فرضا فتامل **قوله** ولا يسعه ان يصبر الى ما توعد به فان صبر حتى اوقعوا به ولم ياكل فهو آثم قال في العناية فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب ان المباح انما يجوز تركه والاتيان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لان ما افضى الى الحرام حرام انتهى اقول في الجواب بحث لانه ان اريد به ان المباح ههنا حال كونه مباحا صار تركه حراما لافضائه الى الحرام فهو ممنوع جدا كيف والمباح ما استوى طرفا فعله وتركه وما صار طرف تركه حراما لا يستوي طرفاه قطعا فلو صار تركه حراما حال كونه مباحا لزم اجتماع استواء الطرفين وعدمه في محل واحد في حالة واحدة وهو محال وان اريد به ان ما كان مباحا في حالة قد يصير تركه حراما في حالة اخرى لعلة تقتضي ذلك فينقلب واجبا فهو مسلم لكن ما نحن فيه ليس من هذا القبيل لان نحو اكل الميتة وشرب الخمر انما كان مباحا في حالة الاضطرار دون حالة الاختيار كما صرحوا به ولا شك ان صيرورة تركه حراما انما هي في حالة الاضطرار ايضا اذ في حالة الاختيار يصير تركه واجبا قطعا فلزم ان يجتمع اباحته وحرمة تركه في حالة واحدة فلم يتصور الانقلاب من الاباحة الى الوجوب بحسب الحالتين فيما نحن فيه لا يقال سبب استواء الطرفين فيما نحن فيه هو الاباحة الاصلية حيث لم يتناوله النص المحرم باستثناء حالة الاضطرار وسبب حرمة الترك فيه المستلزمة لعدم استواء الطرفين انما هو افضاء الترك فيه الى قتل النفس المحرم او الى قطع العضو المحرم فلا استحالة في اجتماع استواء الطرفين وعدم استوائهما فيه في حالة واحدة لانا نقول استواء الطرفين وعدم استوائهما متناقضان قطعا فيستحيل اجتماعهما في شيء واحد في حالة واحدة سواء كانا مستندين الى سبب واحد او الى سببين ونظير هذا ما حققه الفاضل الشريف في شرح المواقف في مباحث العلة والمعلول فانه لما استدلوا على ان الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مستقلتين بانه لو علل بهما لكان محتاجا الى كل واحدة منهما ومستغنيا عن كل واحدة منهما في زمان واحد قال لا يقال منشاء الاحتياج الى كل واحدة منهما هو عليتها له ومنشاء عدم الاحتياج اليها عليته الاخرى له فلا استحالة في اجتماعهما لانا نقول احتياج الشيء الى اخر في وجوده وعدم احتياجه اليه متناقضان فلا يجتمعان سواء كانا مستندين الى سبب واحد او الى سببين انتهى كلامه فقد ظهر بما قررناه في كلام

الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب **قال** وان اكره على الكفر بالله تعالى والعياذ بالله او بسب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بقيد او بحبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته اشد اولى واحرى **قال** فاذا خاف على ذلك وسعه ان يظهر ما امروه به ويوري فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حين ابتلي به وقد قال له النبي عليه السلام كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال عليه السلام فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان الآية ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه **قال** فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله عليه السلام سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة

لبعض الفضلاء ايضا في هذا المقام فانظر اليه وليتأمل فيه **قوله** الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة قال تاج الشريعة هذا جواب اشكال كانه يقول اذا ثبت اباحته ينبغي ان لا يأثم اذ الانسان لا يأثم بترك المباح فاجاب بانه يأثم اذا علم بالاباحة ولم يأكل حتى مات لانه يصير ساعيا في اتلاف نفسه انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان كلام المصنف هنا لا يصلح ان يكون جوابا عن ذلك الاشكال اذ لا ممانعة في العقل ان لا يأثم الانسان بترك المباح فان المباح من حيث انه مباح لا يأثم الانسان بتركه وان علم اباحته بل العلم باباحته يكشف عدم العلم في تركه فكيف يحصل الجواب بقوله الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة عما يقال اذا ثبت اباحته ينبغي ان لا يأثم اذ الانسان لا يأثم بترك المباح فالوجه ان قول المصنف رحمه الله انما هو بيان ان الحكم بالاثم على تقدير الصبر وترك الاكل في مسئلتنا هذه ليس على اطلاقه بل فيما اذا علم الاباحة في هذه الحالة واما اذا لم يعلم بها فلا اثم عليه في تركه لكونه معذورا بالجهل في امثال هذا بناء على الخفاء **قوله** فقال فان عادوا فعد قال جمهور الشراح معنى قوله عليه السلام فان عادوا فعد ان عادوا الى الاكراه فعد الى طمانينة القلب لا الى اجراء كلمة الكفر والطمانينة جميعا كما زعمه البعض لان ادنى درجات الامر الاباحة فيلزم ان يكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لانه لا ينكشف حرمته اصلا انتهى وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى مبسوط شيخ الاسلام واورد عليه بعض الفضلاء بان قال فيه بحث فانه قد يكون الامر للترخيص قال العلامة النسفي في اول كتاب الطلاق من الكافي الامر بالشيء لا ينفي الخطر فان المحظور قد يرخص بصيغة الامر حتى لا يقع في محظور فوقه كالحنث في اليمين وقطع الصلوة الى آخر ما ذكره هناك فلم لا يجوز ان يكون ههنا كذلك انتهى اقول مراد الشراح ان ادنى درجات ما استعمل فيه صيغة الامر حقيقة هو الاباحة وانما يستعمل في الترخيص ونحوه مجازا ولا بد في المجاز من قرينة صارفة عن الحمل على الحقيقة وفيما نحن فيه لم توجد تلك القرينة فلا جرم نحملها على الحقيقة وحقيقة الامر انما يتصور ههنا بصرف الاعادة الى الطمانينة دون اجراء كلمة الكفر لما بينوا وعن هذا قال العلامة النسفي ههنا اي عد الى طمانينة القلب بالايمان وما قيل فعد الى ما كان منك من النيل مني وذكر آلهتهم بخير فغلط لانه لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم انه يأمر بالتكلم بكلمة الشرك الى هنا كلامه **قوله** ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ولان بهذا الاظهار دليل معقول ووجهه ان الايمان لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة لان الركن الاصلي فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان التكرار ليس بشرط وفي الامتناع فوت النفس حقيقة وكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما فيسعه الميل الى احياء حقه انتهى كلامه اقول في تقريره خلل اما اولا فلان قوله فان التكرار ليس بشرط في تعليل قوله وهو قائم تقديرا ليس بسديد لان عدم اشتراط التكرار لا يستدعي قيام الاقرار تقديرا اذ لا بد فيه من ان لا يطرأ عليه ما يضاده كما تقرر في موضعه والمفروض ههنا طريان ما عليه اذ الكلام في اظهار كلمة الكفر وهو مضاد للاقرار باللسان فان قلت اظهارها كرها لا يضاد الاقرار طواعية وانما يضاده اظهارها طواعية قلت هذا مبني على جواز اظهارها حالة الاكراه وهو اول المسئلة فاخذه في اثناء اقامة الدليل عليها مصادرة فبهذا ظهر سقوط ما قاله بعض الفضلاء ههنا انه كالكلام الناشي وجوده بمنزلة العدم فانه ايضا مبني على اول المسئلة فيستلزم المصادرة واما ثانيا فلان قوله فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما يشعر بعدم فوت حق الله تعالى حقيقة ههنا اصلا وليس كذلك اذ لولا فوت حقه تعالى حقيقة اصلا لما كان مأجورا فيما اذا صبر حتى قتل ولما تم قول المصنف فيما سيأتي ولان الحرمة باقية اذ الظاهر ان الحرمة لا تثبت بمجرد توهم فوت حقه تعالى بدون ان يفوت حقيقة بل التحقيق ان اجراء كلمة الكفر على اللسان حرام في كل حال لا يسقط عنه الحرمة اصلا وان فيه ترك حق من حقوق الله تعالى بل هو كفر صورة في حالة الاكراه وكفر صورة ومعنى في حالة صحة الاختيار كما صرح به في كتب الاصول الا ان المبتلى بالاكراه عليه يصير معذورا اذا

ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم لكونه مستثنى **قال** وان اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه ان يفعل ذلك
لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل وان
اكرهه بقتل على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة والقصاص على
المكره ان كان القتل عمدا قال رض وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال زفر رح يجب على المكره وقال ابو يوسف رح لا يجب عليهما وقال الشافعي رح يجب عليهما لزفر ان الفعل
من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فاضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي
في جانب المكره ويوجبه على المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص ولابي يوسف رح ان القتل بقي مقصورا على المكره من حيث
نظرا الى التاثيم واضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح آلة له في
الجناية على دينه فيبقى الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما نقول في الاكراه على الاعتاق وفي اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره في الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا **قال**
وان اكره على طلاق امراته او عتق عبده ففعل وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي رح وقد مر في الطلاق **قال** ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فانضاف اليه

فيسعه الميل اليه عند طمانينة القلب احياء لحقه مع بقاء حرمته ابدا **قوله** ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء وعرض عليه بان اجراء كلمة الكفر ايضا مستثنى بقوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان من قوله تعالى من كفر بالله من بعد ايمانه فينبغي ان يكون مباحا كاكل الميتة وشرب الخمر واجيب بان في الآية تقديما وتاخيرا وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان فان الله تعالى ما اباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه وانما دفع عنهم العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متاخر فجاز ان يكون الغضب منفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهو الحرمة فلم تثبت اباحة اجراء كلمة الكفر كذا في عامة الشروح وعزاه في النهاية الى مبسوط شيخ الاسلام قال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذاك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله وان كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فانما تخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي اوجب تاخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك انتهى اقول هذا النظر ساقط جدا فانه يصح ان يختار كل واحد من شقي الترديد ولا يلزم محذور اصلا اذ يجوز ان يراد بالعلة ما هو المصطلح عليه في علم الاصول وهو ما كان خارجا عن الشيء مؤثرا فيه قوله فذاك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله ممنوع فان وجوب مقارنة العلة الشرعية للمعلول انما هو في بعض اقسامها وهو ما كان علة اسما ومعنى وحكما دون بعضها الآخر وهو ما كان علة اسما فقط او اسما ومعنى كما تقرر ذلك كله في علم الاصول فيجوز ان يكون العلة فيما نحن فيه من قبيل الثاني فلا يمتنع التخلف ويجوز ان يراد بها السبب الشرعي كما هو الظاهر من التمثيل وهو ما كان خارجا عن الشيء ولم يكن مؤثرا فيه بل كان موصلا اليه في الجملة قوله فانما تخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تاخيره ممنوع بل السبب الشرعي مطلقا من حيث انه سبب يجوز تخلف الحكم عنه اذ لا بد ان يتوسط بينه وبين الحكم علة فما لم تتحقق تلك العلة لا يتحقق الحكم بمجرد السبب وهذا ايضا مع كونه مقررا في علم الاصول مفهوم من نفس معنى السبب الشرعي فان الايصال في الجملة كيف يستلزم تحقق الحكم والمثال المذكور في الجواب ليس في معرض التعليل لتخلف الحكم عن السبب الشرعي بل هو مسوق لمجرد التمثيل فتحقق دليل شرعي يدل على جواز تاخير الحكم هناك لا يقتضي قيام دليل شرعي على جواز ذلك في كل صورة على حدة على انه يمكن ان يجعل حديث خبيب دليلا على بقاء الحرمة فيما نحن فيه بعد ان نفي حكمه وهو الغضب فان خبيبا رضي الله عنه لما اكره على اظهار كلمة الكفر فصبر ولم يظهرها حتى قتل مدحه رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث سماه سيد الشهداء وقال هو رفيقي في الجنة ولو لم تكن الحرمة ابدا في اظهار كلمة الكفر لما وسعه ان يصبر على ما توعد به من القتل ولما استحق المدح في ذلك لان في الامتناع عن المباح في تلك الحالة اعانة الغير على اهلاك نفسه وهو حرام يلزم منه الاثم بذلك كما في حالة المخمصة على ما مر **قوله** ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فانضاف اليه قال في الغاية ومنع صلاحيته لذلك لان الاتلاف ثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آلة له في حق التلفظ وكذا في حق ما يثبت في ضمنه واجيب بان الاعتاق اتلاف وهو يصلح آلة له فيه والتلفظ قد ينفك عنه في الجملة كما في اعتاق الصبي فصح ان يكون آلة بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ انتهى اقول فيه نظر لان الانفكاك في اعتاق الصبي انما هو من جهة ثبوت التلفظ بدون ثبوت الاعتاق وذلك لا ينافي ثبوت الاعتاق في ضمن التلفظ البتة وانما ينافيه عكس ذلك وهو ان يثبت الاعتاق بدون ثبوت التلفظ وهذا غير متحقق في صورة اعتاق الصبي فلم يتم التمثيل ولا التقريب [illegible] حيث قال فيه تامل فان الذي ههنا ثبوت الاعتاق لا في ضمن التكلم كما اذا ورث القريب انتهى اقول لكن فيه ايضا خلل فان الثابت فيما اذا ورث القريب انما هو العتق دون الاعتاق كما صرحوا به قاطبة وقد مر في كتاب الولاء مفصلا والكلام ههنا في الاعتاق دون مجرد العتق كما لا يخفى فلا يتم التمثيل بتلك الصورة ايضا ولا التقريب ثم اقول لا فائدة لحديث الانفكاك اصلا في الجواب ههنا فان كون ثبوت الاتلاف فيما نحن فيه في ضمن التلفظ امر مقرر لا يقبل الانكار فيكون مدار الورود السؤال المذكور لا محالة ولا يجدي شيئا في دفعه انفكاك الاتلاف

فلان يضمنه موسرا كان او معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية او لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه **قال** ويرجع بنصف المهر ان كان قبل الدخول وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وانما يتأكد بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف وان كان قد دخل بها لا يرجع لان المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا لان الاكراه مؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام **قال** وان اكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند ابي حنيفة رح الا ان يكرهه السلطان وقال ابو يوسف ومحمد رح لا يلزمه الحد وقد ذكرناه في الحدود **قال** واذا اكره على الردة لم تبن امرأته منه

عن التلفظ في صورة اخرى فالحق عندي في الجواب ان يقال لا يلزم من عدم صلاحية المكره لا آلة في حق التلفظ عدم صلاحيته لها في حق ما ثبت في ضمنه وهو الاتلاف لان عدم صلاحيته لها في حق التلفظ لعلة امتناع التكلم بلسان الغير وهي غير متحققة في حق ما ثبت في ضمنه من الاتلاف فان المكره يمكنه ان يأخذ المكره ويلقيه على المال فيتلفه كما صرحوا به فيما مر **قوله** فلان يضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان اتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار كذا في الكافي وغيره فان قيل ينبغي ان لا يضمن المكره لانه اتلف بعوض حصل للمكره وهو الولاء والاتلاف بعوض كلا اتلاف اجيب بان الاتلاف بعوض انما يكون كلا اتلاف اذا كان العوض مالا كما لو اكره على اكل طعام الغير فاكل فانه لا ضمان على المكره لانه حصل للمكره عوض او كان في حكم المال كما في منافع البضع اذا اتلفها مكرها لان منافعه تعد مالا عند الدخول والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة النسب الا يرى ان شاهدي الولاء اذا رجعا لا يضمنان كذا في الشروح اقول هذا الجواب يشكل بما لو اكره على شراء ذي رحم محرم منه فعتق عليه فان المكره لا يرجع على المكره بقيمة العبد بناء على انه حصل له عوض وهو صلة الرحم نص عليه في البدائع ولا يذهب عليك ان صلة الرحم ليست بمال كالولاء اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانه لم يقل به احد كما قالوا في منافع البضع عند الدخول فتامل **قوله** ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية او لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما بخلاف المريض اذا اعتق عبده وعليه دين لان السعاية تجب ثمة لحق الغرماء ويجب بخلاف الراهن اذا اعتق المرهون وهو معسر فانه يجب السعاية لحق المرتهن كذا في الكافي وعامة الشروح قال صاحب العناية ويشكل ذلك بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به انتهى اقول لم ار ما ذكره من وجوب السعاية على العبد اذا اكره الراهن على اعتاقه في شيء من كتب الفقه سوى شرح تاج الشريعة لهذا الكتاب فانه قال فيه ههنا ولا يتعلق بالعبد حق الغير ايضا حتى يحتاج الى السعاية لذلك مثل ان يكون مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه وهو معسر فحينئذ يجب على العبد السعاية لتعلق حق المرتهن برقبته واما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد فلا يجب عليه شيء انتهى ولعله غلط وقع من تاج الشريعة فاغتر به صاحب العناية لان مجرد تعلق حق الغير بالعبد المعتق لا يوجب السعاية عليه بل لا بد من ان لا يقدر معتقه على ايفاء ذلك الحق ولهذا قالوا اذا اعتق الراهن العبد المرهون وهو معسر يجب السعاية على العبد لحق المرتهن حيث زادوا قيد الاعسار ولا يخفى ان الراهن فيما اذا اكره على اعتاق عبده المرهون ففعل يقدر على ايفاء حق المرتهن بما ضمنه المكره من قيمة ذلك العبد فان له ان يضمنه اياها لما ذكر في الكتاب فكان ينبغي ان لا يجب السعاية على العبد ثم ان قول صاحب العناية بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه الى آخره لا يكاد يصح ههنا لان تلك الصورة داخلة في اطلاق ما نحن فيه من مسئلة الكتاب فكيف يصح الحكم بالمخالفة بينها وبين ما نحن فيه بخلاف الصورتين المذكورتين في الكافي وعامة الشروح فانهما مسئلتان مغايرتان لما نحن فيه فيصح الحكم بالمخالفة بينهما وبين ما نحن فيه وكذا قول تاج الشريعة واما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد الى آخره ليس بسديد فانه يشعر المخالفة ايضا بين تلك الصورة وبين ما نحن فيه مع انها داخلة في اطلاق ما نحن فيه كما لا يخفى وايضا لو وجب السعاية على العبد في الصورة المزبورة لانتقض بها ما ذهب اليه ابو حنيفة رحمه الله من ان السعاية انما يجب على العبد للتخريج الى الحرية اذ لا تخريج الى الحرية في تلك الصورة لما ذكروا ان العبد قد خرج الى الحرية بالاعتاق فلا يمكن تخريجه اليها ثانيا فلزم ان لا يتم قول تاج الشريعة وصاحب العناية وغيرهما في ذيل شرح هذا المحل وهذا القدر من التعليل كاف على مذهب ابي حنيفة رح سالم عن النقض واما على مذهبهما فمنتقض بما اذا اعتق المحجور عليه بالسفه فانه يعتق ويجب عليه السعاية عندهما وقد اعتق ملكه ولا حق لاحد فيه فيزاد لهما في التعليل وهو غير محجور عليه تامل تفهم **قوله** وان اكره على الزنا وجب عليه الحد عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يكرهه السلطان وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجب الحد وجه قولهما ان المعتبر في الاكراه كونه ملجئا وذلك بقدرة المكره على الايقاع وخوف المكره الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان اكثر تحقق لان السلطان يعلم انه لا تفوته فهو ذو اناة في امره وغيره يخاف الفوت بالالتجاء الى

لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا يثبت البينونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله

السلطان فيتبدل في الايقاع ووجه قولهما ان المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه اذ ليس فوقه من يلتجي اليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء الى السلطان فان اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له فلا يسقط به الحد كذا في العناية والنهاية وهو المطابق لما ذكره المصنف في كتاب الحدود واقول يتجه على الوجه المذكور من قبل ابي حنيفة رحمه الله ان يقال ندرته ذلك ممنوع كيف وقد وقع قهر اللصوص وقطاع الطريق بالناس وعجزهم عن دفع شرهم لا سيما في المواضع النائية عن العمران اكثر من ان تحصى ولئن سلم الندرة فان لا يكون للنادر حكم فيما يندرئ بالشبهات من الحدود وسيما في حد الزنا كما نحن فيه ممنوع اذ لا شك ان مجرد الاحتمال يثبت الشبهة فضلا عن الوقوع بطريق الندرة قال في غاية البيان في هذا المقام ودليلهما ظاهر لان الكلام فيما اذا جاء من غير السلطان ما يأتي من السلطان في موضع لا مدفع عادة وفي مثل هذا السلطان وغيره سواء الا ترى انه لو كان في غير المصر اعتبر بالاجماع ولابي حنيفة رح ان هذا انما يغلب عادة اذا كان في المصر لان الظاهر انه يلحقه الغوث من الناس او من السلطان فيندفع والحكم لا ينبني على النادر حتى لو كان في موضع يغلب كما في غير المصر يعتبر كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي انتهى اقول على هذا التقرير يمكن ان يندفع منع الندرة ولكن يبقى منع ان لا يكون للنادر حكم فيما يندرئ بالشبهات كما نحن فيه على حاله ثم اقول اطلاق مسألة الكتاب واطلاقات عامة المعتبرات في ان حكم الاكراه مخصوص بالسلطان عنده وعام لكل متغلب يقدر على تحقيق ما هدد به عندهما مما لا يساعد القول بان الاكراه من غير السلطان في غير المصر معتبر بالاجماع يظهر ذلك بالتامل في عبارة الكتاب وتتبع سائر المعتبرات قال الامام قاضيخان رح في اول كتاب الاكراه نفاذ الاكراه لا يتحقق الا من السلطان في قول ابي حنيفة رحمه الله وفي قول صاحبيه يتحقق من كل متغلب يقدر على تحقيق ما هدده به وعليه الفتوى انتهى وقال في الذخيرة والمحيط ومن شرط صحته ان يكون الاكراه من السلطان عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا جاء من غير السلطان ما يجيء من السلطان فهو اكراه صحيح شرعا والاختلاف على هذا الوجه مذكور في مسألة الزنا وصورتها غير السلطان اذا اكره رجلا على الزنا ففعل فعلى قول ابي حنيفة رحمه الله يجب الحد على الزاني كانه باشر الزنا طوعا وعلى قولهما لا حد عليه فظن بعض مشائخنا ان الخلاف بينهم في الزنا خاصة واما في غيره فاكراه غير السلطان واكراه السلطان سواء عندهم جميعا ومنهم من قال الخلاف في الزنا وغيره من الاحكام ايضا سواء واختلفوا فيما بينهم بعضهم قالوا هذا اختلاف عصر وزمان وبعضهم قالوا هذا اختلاف حجة وبرهان انتهى فتدبر قوله لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك لا يثبت البينونة بالشك قال صاحب العناية ويجوز ان يجعل كلامه دليلين احدهما ان الردة تتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني ان ثبات الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لانه امر باطن لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه يصرف عن صحة الترجمة فلا يثبت البينونة المترتبة على الكفر بالشك انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان ما قاله لغو من الكلام لان ما زعمه دليلين متحدان في المعنى وانما التغاير بينهما في بعض الالفاظ وهو تبدل الاعتقاد في الاول واعتقاد الكفر في الثاني ولا ريب ان تبدل اعتقاد المسلم انما يكون باعتقاد الكفر فاتحد معنى ما جعلهما دليلين حتى جعل مدار جعلهما دليلين مجرد تغايرهما في اللفظ فلا معنى لجعل كلام المصنف رح دليلين ايضا لان الواقع في كلام المصنف هو اللفظ الثاني دون الاول كما ترى قوله فالقول له استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول له قال صاحب العناية في حل هذا المحل يعني وجه الاستحسان ان اللفظ يعني كلمة الكفر غير موضوع للفرقة يعني لم يظهر فيها اظهر منها من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالته عليها من حيث ان اللفظ دليل وترجمة لما في القلب فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبدل فضلا عن ان يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه فلهذا كان القول قوله انتهى كلامه اقول فيه خلل فان قوله فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية لا يكاد يتم اذ لا بد في المجاز من كون اللفظ مستعملا

بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقد فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال الذي اكره على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لانه اقر انه طائع باتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال اردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لانه اقر انه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا اذا اكره على الصلوة للصليب وسب محمد النبي عليه السلام ففعل وقال نويت الصلوة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبي عليه السلام بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا النبي عليه السلام وقد خطر بباله الصلوة لله تعالى وسب غير النبي عليه السلام بانت منه ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى والله اعلم

كتاب الحجر

في المعنى المجازي ولا شك ان اللفظ ههنا وهو كلمة الكفر غير مستعمل في الفرقة لا حقيقة ولا مجازا وانما هي اي الفرقة اثر لازم لمعنى اللفظ وهو الاعتقاد الردي فلم يكن دلالة اللفظ عليها مجازية بل كانت التزامية محضة وكان انفهامها من اللفظ بطريق الاستتباع لا بطريق الاصالة فصارت من قبيل مستتبعات الالفاظ المغايرة للحقيقة والمجاز على ما عرف في علم البلاغة فان قلت يجوز ان يراد بالمجازية ههنا المتجاوزة عن المعنى الحقيقي الى اي شيء كان لا المتجاوزة عن المعنى الحقيقي الى المعنى المجازي فقط فتعم مستتبعات الالفاظ ايضا قلت هذا المعنى مع كونه مخالفا للعرف والاصطلاح بالكلية يأباه جدا قوله من قبل يعني لم نظهر فيما ظهورا بينا من حيث الحقيقة فتأمل فالوجه الجلي المفيد المطابق للمشروح ما ذكره صاحب النهاية معزيا الى الايضاح حيث قال وجه الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تغير الاعتقاد فلا تقع الفرقة كذا في الايضاح انتهى قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى قال صاحب العناية وكان هذا اشارة الى ما قاله الامام ابو منصور الماتريدي وهو المنقول عن ابي حنيفة رح ان الايمان هو التصديق والاقرار باللسان شرط اجراء الاحكام وليس ذلك مذهب اهل اصول الفقه فانهم جعلوا الاقرار ركنا انتهى اقول فيه نظر لان ما ذكر في الكتاب كيف يكون اشارة الى ما قاله الامام ابو منصور الماتريدي مع تمشيته على المذهبين معا بل تمشيته على المذهب الثاني اظهر في حال الاكراه على الاسلام لان الاقرار اذا كان ركنا من الايمان كان المكره على الاسلام آتيا باحد ركنيه فيظهر وجه الحكم باسلامه فانه لما تحقق احد ركني الاسلام مع عدم الجزم بانتفاء الآخر حكمنا بوجود الاسلام ترجيحا لجانبه بخلاف ما اذا كان الايمان هو التصديق وكان الاقرار شرطا لاجراء الاحكام فان على هذا لا يتحقق شيء من ركني الايمان في المكره على الاسلام وانما يكون المتحقق فيه ما هو خارج عن حقيقة الايمان شرط لاجراء الاحكام فوجه الحكم بالاسلام بمجرد تحقق ما هو شرط لاجراء احكامه لا يظهر ظهوره في الاول لا يقال كيف تمشي ما في الكتاب على المذهب الثاني في حال الاكراه على الردة وعلى تقدير ان يكون الاقرار ركنا من الايمان يلزم ان يثبت حكم الردة باجراء كلمة الكفر على اللسان لانه ينتفي الاقرار اذ ذاك وفي انتفاء ركن واحد يلزم انتفاء الكل لا محالة لانا نقول ان من قال بان الاقرار ركن من الايمان لم يقل انه ركن اصلي مثله كالتصديق بل قال انه ركن زائد والتصديق ركن اصلي وفسر معنى كونه ركنا زائدا بان الشارع اعتبره في وجود المركب لكن ان عدمه بناء على ضرورة جعل الشارع عدمه عفوا واعتبر المركب موجودا حكما وقد بين ذلك في كتب الاصول بما لا مزيد عليه فعلى هذا يظهر تمشي ما في الكتاب على هذا المذهب ايضا في حال الاكراه على الاسلام والاكراه على الكفر كما لا يخفى تأمل تقف

كتاب الحجر

اورد الحجر عقيب الاكراه لان في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب الاختيار الا ان الاكراه لما كان اقوى تاثيرا لان فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الحجر كان احق بالتقديم كذا في الشروح ومن محاسن الحجر ان فيه شفقة على خلق الله عز وجل وهي احد قطبي الديانة والآخر التعظيم لامر الله تعالى وتحقيق ذلك ان الله تعالى خلق الورى وفاوت بينهم في الحجى فجعل بعضهم اولي الرأي والنهى ومنهم اعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض اسباب الردى فيما يرجع الى معاملات الدنيا كالمجنون الذي هو عديم العقل والمعتوه الذي هو ناقص العقل فاثبت الحجر عليهما عن التصرفات نظرا اذ لو لم يشرع لما لا ان الظاهر من النصر فهما ضرر يلزمهما اذ ليس لهما عقل كامل يردعهما وتمييز وافر يمنعهما وكذلك حجر الصبي والرقيق اما الصبي ففي اول احواله كالمجنون وفي آخرها كالمعتوه فما هو المتوقع من ضررهما يتوقع في حق الصبي واما الرقيق فانه يتصرف في مال غيره لانه لا مال له ولا يستعمل من يتصرف في مال الغير مثل استعماله في مال نفسه عادة فسد باب التصرف على الرقيق بالحجر لرقه نظرا للمولى ثم ان الحجر في اللغة هو المنع فانه مصدر حجر عليه القاضي اذا منعه وفي الشريعة هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون كذا في النهاية والعناية اقول فيه قصور اما اولا فلان الحجر في الشريعة ليس هو المنع عن التصرف مطلقا بل هو منع

قال الاسباب الموجبة للحجر ثلثة الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال اما الصغير فلنقصان عقله غير ان اذن الولي آية اهليته والرق لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير ان المولى بالاذن رضي بفوات حقه والجنون لا تجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال اما العبد فاهل في نفسه والصبي ترتقب اهليته فلهذا وقع الفرق **قال** ومن باع من هؤلاء شيئا او اشترى وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد ان يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بينا في الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيع اما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي وههنا لم نجد نفاذا لعدم الاهلية او لضرر المولى فوقفناه **قال** وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال دون الافعال لانه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة

عن التصرف قولا لا فعلا كما يفصح عنه ما سياتي في الكتاب من ان هذه المعاني الثلثة يعني الصغر والرق والجنون يوجب الحجر في الاقوال دون الافعال واما ثانيا فلان المحجور عليه غير منحصر في الصغير والرقيق والمجنون بل المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس محجور عليهم ايضا بالاتفاق والسفيه والغفل والمديون ايضا محجور عليه عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله كما صرحوا بذلك كله في عامة المعتبرات وسياتي في الكتاب شيئا فشيئا فقوله في ذيل التعريف وهو الصغير والرقيق والمجنون تفسير زائد وتقييد كاسد وبالجملة في التعريف المذكور تقصير من حيث اطلاق المقيد وتقييد المطلق وقال في الكافي الحجر في اللغة المنع وفي الشرع منع عن التصرف قولا بصغر ورق وجنون انتهى اقول فيه تدارك للمحذور الاول ولكن بقي المحذور الثاني على حاله كما لا يخفى فالاولى ما ذكر في معراج الدراية فانه قال فيه ثم الحجر لغة المنع مصدر حجر عليه وشرعا منع مخصوص هو المنع من التصرف قولا لشخص مخصوص هو المستحق للحجر باي سبب كان انتهى تدبر **قوله** الاسباب الموجبة للحجر ثلثة الصغر والرق والجنون هذه الثلثة بالاتفاق والحق بها اشتق منه ثلثة اخرى بالاتفاق ايضا وهي المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس وما حجر المديون والسفيه بعد ما بلغ رشيدا فعلى قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله كذا في الشرح اقول قد طبقت كلمة الفقهاء في كتب الفروع على ادراج العته في الجنون وجعل الاسباب الاصلية المتفق عليها ثلثة وهي الصغر والرق والجنون وفي كتب الاصول جعلوا جعل العته قسيما للجنون كسائر الامور المعترضة على الاهلية ومنافيا في اكثر الاحكام فقد خالف اصطلاحهم في الفروع اصطلاحهم في الاصول وهذا من النوادر **قوله** وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال اي هذه المعاني الثلثة التي هي الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الاقوال حتى اوجب التوقف في الاقوال التي تتردد بين النفع والضرر كالبيع والشرى بطريق العموم بين الصغير والمجنون والعبد واوجب الحجر من الاصل بالاعدام في حكم اقوال تمحض ضررا كالطلاق والعتاق في حق الصغير والمجنون دون العبد فانه يملك الطلاق كذا في النهاية والكفاية وقال صاحب العناية في حل هذا المحل فهذه المعاني الثلثة يعني الصغر والرق والجنون يوجب الحجر في الاقوال يعني ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء اي هذه المعاني يوجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد واما ما تمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد واما ما تمحض منها نفعا كقبول الهبة والهدية والصدقة فانه لا حجر فيه على العموم انتهى كلامه اقول خصص الشارح المزبور الاقوال المذكورة في مسئلة الكتاب بالاقوال المترددة بين النفع والضرر حيث قال يعني ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء فلما خرج حينئذ عن الاقوال ما تمحض نفعا وما تمحض ضررا فكان فائدة اخراج الاول ظاهرة لعدم ثبوت الحجر فيه اصلا دون فائدة اخراج الثاني لثبوت الحجر فيه ايضا في حق الصغير والمجنون خصص معنى ايجاب الحجر ايضا حيث قال اي هذه المعاني يوجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد واشار بذلك الى عدم ثبوت الحجر بهذا المعنى الخصوص فيما تمحض ضررا من الاقوال ثم نبه عليه بقوله واما ما تمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد ولا يذهب عليك ان عبارة الكتاب مع عدم مساعدتها الشيء من التخصيصين المذكورين يلزم اذ ذاك محذوران احدهما ان على ذلك المعنى الذي ذهب اليه الشارح المزبور يصير مال معنى هذه المسئلة وهي قوله وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال معنى المسئلة السابقة وهي قوله ومن باع من هؤلاء شيئا او اشتراه وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه فما يكون في اعادة الثانية فائدة الا مجرد كونها توطئة لقوله دون الافعال وثانيهما انه لا يناسب حينئذ ادراج ما تمحض ضررا من الاقوال كالطلاق والعتاق والاقرار في المسائل المتفرعة على هذا الاصل وهو قوله وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال وقد ادرج فيما في الكتاب حيث قال فيما بعد والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما ولا يقع طلاقهما واعتاقهما وصرح الشارح المزبور وغيره هناك بان تلك المسائل ذكرت تفريعا على الاصل المذكور وقد وقع التصريح بناء على التفريع في مختصر القدوري في قوله

بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه الا اذا كان فعلا ويتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون **قال** والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما لقوله عليه السلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه

فالصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ولا يقع طلاقهما واعتاقهما بعد قوله هذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال دون الافعال يتعين التفريع بنفس عبارته فالوجه عندي ان اللام في الاقوال في قوله توجب الحجر في الاقوال للجنس وان المراد بايجاب الحجر في الاقوال ايجاب الحجر في الاقوال بايعم ايجاب التوقف على الاجازة كما في الاقوال المترددة بين النفع والضرر وايجاب الانعدام من الاصل كما في الاقوال المتمحضة للضرر فلا يحتاج الى اخراج هذا القسم اعني ما تمحض ضررا عن الاقوال المذكورة في الاصل المسفور بل هذا القسم ايضا داخل في جنس الاقوال فيشمله ذلك الاصل فيناسب تفريع المسائل الآتية باسرها عليه ولا يضر عدم تحقق الحجر في الاقوال التي تتمحض نفعا لان تحقق الحجر في جنس الاقوال لا يقتضي تحققه في جميع افراده فصار الاصل المزبور مجملا وما فرع عليه من المسائل مبينا له فما جعل في تلك المسائل مما يحجر فهو داخل تحت حكم الحجر وما لا فلا تأمل تقف **قوله** بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه اقول فيه اشكال لان الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر كلها من الاقوال المعتبرة في الشرع مع ان القصد ليس بشرط لاعتبارها في الشرع الا يرى ان طلاق العاقل البالغ هازلا وكذا عتاق الحر العاقل البالغ هازلا وكذا يمينه هازلا ونذره هازلا صحيح معتبر في الشرع على ما صرحوا به في مواضعها سيما في مباحث الهزل من كتب الاصول مع ان الهزل ينافي القصد لا محالة فان عدم القصد والارادة معتبر في نفس مفهوم الهزل ثم اقول قال في العناية فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرعا بالقصد دون الافعال فالجواب من وجهين احدهما ان الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن ان يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعدما وجدت لا يمكن ان تجعل غير موجودة والثاني ان القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جدا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد الا يرى ان القول من الحر البالغ العاقل اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها انتهى اقول في كل من وجهي الجواب نظر اما في الاول فلانه غير متمش في الانشاآت من الاقوال كالبيع والهبة والتطليق والاعتاق ونحوها فان الانشاآت ايجادات لا يمكن تخلف مدلولاتها عنها ولا يخفى ان اكثر الاقوال المعتبرة في الشرع في افادة الاحكام الشرعية من قبيل الانشاآت فلا يتم التقريب واما في الثاني فلانه منتقض بما يساوي فيه الجد والهزل من الاقوال كالطلاق والعتاق ونحوهما تدبر تفهم **قوله** والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما الخ اراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيئا فالولي بالخيار وانما اعاد المسئلة تفريعا على الاصل المذكور من ان هذه المعاني الثلثة توجب الحجر عن الاقوال لتنساق القوليات في موضع واحد كذا في النهاية والعناية قال بعض الفضلاء واذا اريد بالصبي والمجنون الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج الى تاويل عدم الصحة بعدم النفاذ ويخلص كلام المصنف رح عن وصمة التكرار انتهى وقد اخذ هذا المعنى من آخر كلام صاحب غاية البيان ههنا فانه قال اراد بقوله لا يصح لا ينفذ لان بيعهما سائر تصرفاتهما الذي يتردد بين النفع والضرر موقوف على اجازة الولي الا يرى الى ما قال قبيل هذا بقوله ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه الا اذا اريد بقوله والصبي من لا يعقل اصلا وبقوله والمجنون الذي لا يفيق اصلا فحينئذ يجري قوله ولا يصح على ظاهره انتهى كلامه اقول لا مساغ لذلك الاحتمال لان حمل الصبي والمجنون في قوله والصبي والمجنون لا تصح عقودهما على الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب فقط مما لا يساعده القاعدة فان المعرف بلام التعريف اذا لم يكن هناك معهود انما يحمل على الجنس في قاعدة اهل العربية وعلى الاستغراق في قاعدة اهل الاصول كما تقرر كله في موضعه فههنا الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب عليه لم يعهد بخصوصهما قطعا فلا بد ان يراد بالصبي والمجنون المذكورين ههنا جنسهما او جميع افرادهما على احدى القاعدتين لا حصة مخصوصة منهما كما توهم ولئن سلم مساعدة القاعدة لذلك فلو اريد بهما ههنا ذلك القسم المعين منهما لزم ان لا يكون احكام عقود الصبي العاقل والمجنون الغير المغلوب الذي هو المعتوه ولا احكام اقرارهما وطلاقهما وعتاقهما

[illegible] لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] نافذ في حق نفسه لقيام أهليته غير نافذ في حق مولاه رعاية لجانبه [illegible]
[illegible] قال فإن أقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الأهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع [illegible]
[illegible] لأنه مبقى على أصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح إقرار المولى عليه بذلك [illegible]
[illegible] لأنه عارف بوجه المصلحة فيه فكان أهلا وليس فيه إبطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ

باب الحجر للفساد

قال أبو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه وتصرفه في ماله جائز وإن كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي رحمه الله يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله

[illegible] في باب الحجر أسباب الحجر المتفق عليها ذكر ههنا [illegible] من هذا الكتاب فيلزم أن يكون [illegible] فساد [illegible] لأن سبب الحجر في الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب أقوى من سببه في الحجر بالفساد [illegible] عدم التصرف في [illegible]

في غير المال يخفى (قوله لأن الإعتاق يتمحض ضررا ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام الإعتاق يتمحض ضررا لا محالة والطلاق وإن أمكن أن يتردد بين النفع والضرر باعتبار حدوث التباين بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال أما في الحال فلعدم الشهوة وأما في المآل فلأن علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الأخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك والولي وإن أمكن أن يقف على مصلحة في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة انتهى كلامه أقول فيه بحث أما أولا فلأن جعله الطلاق مترددا بين النفع والضرر مخالف لما صرح به نفسه وسائر الشراح فيما مر من أنه مما يتمحض ضررا إلا أن يحمل كلامه ههنا على التنزل والتسليم فتأمل وأما ثانيا فلأنه إن أراد بالمصلحة في قوله والولي وإن أمكن أن يقف على مصلحة في الحال مصلحة للصبي في الطلاق كما هو الملائم لما نحن فيه وهو الطلاق المتقدم ذكره من قبل لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق يلزم أن لا يتم قوله وإن أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لأن علة عدم الوقوف على مصلحته في الطلاق في الحال عدم شهوته في الحال كما أفصح عنه المصنف رحمه الله والشارح المزبور في تعليل عدم وقوف الصبي على تلك المصلحة فعند تقرر تلك العلة كيف يمكن للولي أن يقف على تلك المصلحة وإن أراد بالمصلحة المذكورة مصلحته في غير الطلاق يكون ذكره لغوا في إثبات ما نحن فيه كما لا يخفى

باب الحجر للفساد وأخر هذا الباب لأن أسباب الحجر فيما تقدم سماوية وسبب الحجر ههنا مكتسب والسماوي في التأثير أقوى فكان بالتقديم أولى وفي الحجر في الأول متفق عليه وفي الثاني مختلف فيه والمتفق عليه أحرى بالتقديم قال في العناية والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة تعتري الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع انتهى أقول في تفسير كل من معنيي السفه على الوجه المذكور شيء أما في الأول فلأن العمل بخلاف موجب العقل مع قيام العقل مشكل إذ الظاهر أن موجب الشيء لا يتخلف عنه وعن هذا قال في المبسوط والكافي السفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجى وأما في الثاني فلأنه إن كان معنى السفه في عرف الفقهاء تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع فكيف يتصور القول من أبي حنيفة رحمه الله بعدم الحجر على السفيه إذ لا مساغ لعدم المنع عما هو خلاف مقتضى الشرع عند أحد من الفقهاء ويمكن الجواب عن الأول بأن المراد بخلاف موجب العقل خلاف موجب حكم العقل لا خلاف موجب نفس العقل واللازم عدم التخلف عن حكم العقل لا عن نفسه ولا محذور فيه لإمكان العمل بخلاف ما أوجبه حكم العقل كما هو حال النفوس الخبيثة وعن الثاني بأن ما هو على خلاف مقتضى الشرع يجب أن ينهى عنه مرتكبه باللسان على الاتفاق وفيما نحن فيه المراد بالحجر عنه بمعنى إبطال حكم التصرف بالكلية وإن كان ذلك التصرف في نفس الأمر [illegible] فهو أمر آخر وذلك لم يقل به أبو حنيفة رحمه الله بناء على استدعائه ضررا أشد من ضرر إتلاف المال كما سيأتي بيانه في الكتاب وقال في النهاية ثم اعلم أن مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا على قول أبي حنيفة رحمه الله لأنه لا يرى الحجر بالفساد والسفه أصلا انتهى أقول ليس هذا الكلام بسديد فإن أكثر مسائل هذا الباب مما اتفق عليه أبو حنيفة رحمه الله وصاحباه كقوله وإن أعتق عبدا نفذ عتقه وقوله ولو دبر عبده جاز وقوله ولو جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولد وقوله وإن تزوج امرأة جاز نكاحها وإن سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها

لانه مبذر ماله بصرفه لا الى الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده ولابي حنيفة رحمه الله انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لان في سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو اشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع ضرر الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشرع مرة باعطاء آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات والتبرعات والصدقات وذلك يقف على اليد **قال** واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض آخر فابطل حجره واطلق عنه جاز لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا ترى انه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة رحمه الله اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يؤنس منه رشده ولا يجوز تصرفه فيه لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وصار كا

وقوله ولو طلقها قبل الدخول وجب لها النصف وقوله وتخرج الزكوة من مال السفيه وينفق على اولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوي ارحامه وقوله فان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها وقوله فان مرض واوصى بوصايا في القرب وابواب الخير جاز ذلك في ثلث ماله وقوله ولو حجر الفاسق عندنا اذا كان مصلحا لماله واما المسائل الخلافية بين ابي حنيفة رح وصاحبيه من مسائل هذا الباب فثلث ثنتان منها مذكورتان في اول الباب في الهداية والبداية احدىهما مسئلة انه لا يحجر السفيه عند ابي حنيفة رح ويحجر عندهما وآخرىهما مسئلة ان الغلام البالغ غير رشيد اذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله عند ابي حنيفة رحمه الله وان لم يؤنس منه الرشد وعندهما لا يدفع اليه ماله حتى يؤنس منه رشده وواحدة منها مذكورة في آخر الباب في الهداية وحدها وهي مسئلة ان يحجر القاضي بسبب الغفلة عندهما ومع ذلك جعل قول ابي حنيفة رح في المسئلتين الاوليين اصلا في الذكر وقولهما تبعا له فلم يبق من مسائل هذا الباب ما هي مبنية على قولهما الا على قولهما الا المسئلة الاخيرة المذكورة في الهداية وحدها فكيف يصح القول بان مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول ابي يوسف رح ومحمد رح لا على قول ابي حنيفة رح ثم اقول لو قال بدل ذلك الكلام ثم اعلم ان تعقيب هذا الباب بباب الحجر للفساد مبني على قول ابي يوسف رح ومحمد رح لا على قول ابي حنيفة رح فانه لا يرى الحجر للفساد اصلا لكان له وجه صحيح كما لا يخفى **قوله** لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي قال صاحب العناية استدل المصنف رح بقوله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل وكل من هو كذلك يحجر عليه نظرا له كالصبي فهذا يحجر عليه انتهى اقول تقريره غير مطابق للمشروح اذ لا يخفى ان حاصل كلام المصنف رح ههنا قياس السفيه على الصبي قياسا فقهيا في وجوب الحجر عليه نظرا له وبشير اليه قطعا قوله فيما سياتي من قبل ابي حنيفة رح ولا يصح القياس على منع المال ولا على الصبي وقد قرره الشارح المذكور على القياس المنطقي حيث قدر الكبرى الكلية وجعل قوله فيحجر عليه نتيجة القياس كما ترى ثم ان صاحبي النهاية والعناية قالا هذا الدليل الذي ذكره المصنف رح انما يصح على قول ابي يوسف رح ومحمد رح لا على قول الشافعي رح لان حجر السفيه عنده بطريق الزجر والعقوبة لا بطريق النظر له وقالا فائدة هذا الخلاف بينهم تظهر فيما اذا كان السفيه مفسدا في دينه مصلحا في ماله كالفاسق فعند الشافعي رح يحجر عليه زجرا وعقوبة وعندهما لا يحجر عليه انتهى اقول فيه نظر لان من كان مصلحا في ماله لا يسمى سفيها في عرف الفقهاء كما افصح عنه صاحب العناية فيما مر حيث قال وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع واما كون المصلح في ماله اذا كان مفسدا في دينه يسمى بالسفيه على معناه الاصلي فلا يجدي نفعا ههنا اذ نحن بصدد بيان حكم السفيه في عرف الفقهاء بانه لا يحجر عليه عند ابي حنيفة رح ويحجر عليه عند ابي يوسف رح ومحمد رح والشافعي رح ولو كان الفاسق داخلا في السفيه في عرفهم لما صح بيان الحكم بالوجه المذكور فان الفاسق لا يحجر عليه عند احد من ائمتنا كما سياتي في الكتاب **قوله** ولابي حنيفة رح انه مخاطب عاقل فلا يحجر اعتبارا بالرشيد قيل لشكل هذا بالعبد فانه مخاطب عاقل ايضا ومع ذلك يحجر عليه واجيب بوجهين احدهما انه ذكر المخاطب مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بمخاطب كامل لسقوط الخطابات المالية عنه كالزكوة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وسقوط بعض الخطابات الغير المالية كالحج وصلوة الجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحد ونحوها والثاني ان المراد بالمخاطب في قوله انه مخاطب هو المخاطب بالتصرفات المالية بدلالة محل الكلام لان الكلام في الحجر عن التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبات والصدقات فحينئذ لا يتناول قوله انه مخاطب العبد لانه لا مال له فلا تصرف في المال ولا خطاب فيه هذا زبدة ما في النهاية وغيرها اقول بقي في كلام المصنف رح شيء وهو ان قوله عاقل بعد قوله انه مخاطب مستدرك لان المخاطب لا يكون الا عاقلا فان ما ليس بعاقل كالصبي والمجنون ليس بمخاطب لا محالة **قوله** وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يؤنس منه رشده قال صاحب العناية وتسامح عبارته في الجمع بين الابد وحتى ظاهر انتهى اقول يمكن توجيه عبارته بان يحمل الابد على الزمان الطويل الممتد كما حمل بعض المفسرين الخلود في قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا

ولابي حنيفة رح ان منع المال عنه بطريق التاديب ولا يتادب بعد هذا ظاهرا وغالبا الا ترى انه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار اثر الصبا وهو في اوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال ابو حنيفة رح لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصبا ثم لا يتاتى التفريع على قوله وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا لفائدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف رح لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي وعند محمد رح لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما وعند الشافعي رح لا ينفذ والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه والاصل عنده ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه واذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد رح انه لا تجب السعاية لانه لو وجبت انما تجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع الا لحق غير المعتق ولو دبر عبده جاز لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا انه لا تجب السعاية ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه واذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا اعتقه بعد التدبير ولو جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له لانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه وان لم يكن معها ولد وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شاهد وهو الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى ولد جارية فهو على هذا التفصيل

متعما الحجر او وجه جهنم خالدا فيها على المكث الطويل وحينئذ لا تدافع بين الابد وحتى كما لا يخفى **قوله** ولابي حنيفة ان منع المال عنه بطريق التاديب ولا يتادب بعدها ظاهرا وغالبا الا يرى انه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع قال صاحب العناية وهذا الدليل يمكن ان يوجه على وجهين احدهما ان يقال سلمنا ان علة المنع السفه لكن المعلول هو المنع من حيث التاديب وهذا يقتضي ان يكون محلا للتاديب ولا تاديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لانه في هذه المدة يصير جدا باعتبار اقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثنا عشر سنة واقل مدة الحمل وهو ستة اشهر واذا لم يبق قابلا للتاديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع والثاني ان يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو ان منع المال عنه بطريق التاديب الى آخره انتهى كلامه وقد اقتفى اثره الشارح العيني اقول في تقرير الوجه الاول على ما ذكره خلل اذ على تقدير تسليم كون علة المنع السفه وادعاء ان المعلول هو المنع من حيث التاديب دون المنع المطلق يلزم ان يتخلف المعلول عن العلة بعد تلك المدة لعدم تحقق المنع من حيث التاديب بعدها بناء على عدم كون المحل قابلا للتاديب مع تحقق السفه بعدها ايضا ولا شك ان تخلف المعلول من العلة باطل ولهذا قال في دليل الامامين فيبقى ما بقي العلة فاعتبار التاديب مع المنع في جانب المعلول باطل ايضا لاستلزامه ذلك الباطل المحال والصواب عندي في تقرير الوجه الاول ان يقال لا نسلم ان علة المنع هو السفه وحده بل هو مع قصد التاديب فاذا لم يبق المحل قابلا للتاديب بعد تلك المدة لم يقصد التاديب بعدها فانتفت العلة بانتفاء احد جزئيها وهو قصد التاديب فلزم انتفاء المعلول الذي هو المنع ايضا بعدها فوجب الدفع فصار حاصل هذا الدليل على هذا الوجه هو المنع لا التسليم كما توهم **قوله** ولان المنع باعتبار اثر الصبى وهو في اوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع قيل الدفع معلق بايناس الرشد فما لم يوجد لا يجوز الدفع اليه واجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلمناه لكنه منكر يراد به ادنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذ وصل الانسان الى هذه الحالة لصيرورته فرعه اصلا وكان متناهيا في الاصالة كذا في العناية وغيرها اقول في الجواب بحث لان كونه متناهيا في الاصالة عند وصوله الى تلك المدة لا يقتضي رشده لحصول ذلك في المجنون ايضا مع عدم تصور الرشد فيه سلمناه لكنه لا يطابق قول ابي حنيفة رح في موضع المسألة من انه اذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد اللهم الا ان يراد بالرشد هناك الرشد الكامل لكن لا يساعده اللفظ ويا باه دليله تامل تقف **قوله** لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا فيتحرى المصلحة فيه قال في العناية استدل على الجواز والتوقف بقوله لانه ركن وذلك يوجب الجواز ورد بان ركن التصرف اذا وجد من اهله يوجب ذلك والسفيه ليس باهل واجيب بانه اهل لان الاهلية بالعقل والسفه لا ينفيه فان قيل فعلام التوقف اجاب بقوله للنظر له فان الحاكم نصيب ناظر فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده الى هنا لفظ العناية ورد بعض الفضلاء قوله استدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد حيث قال هذا انما يدل على الجواز فقط انتهى اقول يمكن ان يحمل كلام صاحب العناية ههنا ان المصنف رح استدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد الى آخره اي استدل على الجواز بقوله لان ركن التصرف قد وجد وعلى التوقف بقوله والتوقف للنظر الى آخره فحصل من المجموع الاستدلال على الجواز والتوقف معا وان كان الحاصل من اول قوله هو الاستدلال على الجواز فقط ولما اتجه على اول استدلاله سؤال ظاهر الورود وتصدى الشارح لذكره مع جوابه فوقع الفصل بين دليل الجواز ودليل التوقف في البيان فتبع تفهم **قوله** والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا الى قوله والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه قال في العناية وفيه بحث من وجهين الاول ان السفيه لو حنث في يمينه واعتق رقبة لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدي او غيره لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل لقوله عليه السلام ثلث جدهن جد وهزلهن جد وقد اثر فيه الحجر بالسفه والثاني ان الهازل اذا اعتق عبده عتق ولم يجب عليه سعاية والمحجور بالسفه اذا اعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في

قال فإن تزوج امرأة جاز نكاحها لأنه لا يؤثر فيه الهزل ولأنه من حوائجه الأصلية وإن سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها لأنه من ضرورات النكاح وبطل الفضل لأنه لا ضرورة فيه وهو التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تلزم الزيادة وصار كالمريض مرض الموت ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف في ماله لأن التسمية صحيحة إلى مقدار مهر المثل وكذا إذا تزوج بأربع نسوة أو كل يوم واحدة **قال** وتخرج الزكوة من مال السفيه لأنها واجبة عليه وينفق على أولاده وزوجته ومن تجب نفقته عليه من ذوي أرحامه لأن إحياء ولده وزوجته من حوائجه والإنفاق على ذي الرحم واجب عليه حقا لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس إلا أن القاضي يدفع قدر الزكوة إليه ليصرفها إلى مصرفها لأنه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث أمينا معه كيلا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع إلى أمينه ليصرفه لأنه ليست بعبادة فلا يحتاج إلى نيته وهذا بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لأنه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب يبذر أمواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله **قال** فإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها لأنها واجبة عليه بإيجاب الله تعالى من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة إليه ويسلمها إلى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج ولا يمنع من القران لأنه لا يمنع من إفراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من أن يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف إذ عند عبد الله بن عمر رضي الله عنهما لا يجزيه غيرها وهي جزور أو بقرة فإن مرض وأوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك في ثلثه لأن نظره فيه إذ هي حالة انقطاعه عن أمواله والوصية تخلف ثناء أو ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا في كفاية المنتهي **قال** ولا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الأصلي والطارئ سواء وقال الشافعي رح يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل أهلا للولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم الآية وقد أونس منه نوع رشد فتتناوله النكرة المطلقة ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لإسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما أيضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو أن يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له

وجوب السعاية والحجر اثر فيه والثالث ان التعليل المذكور انما يصح في حق السفيه لا في حق الهازل والصحيح فيه ان يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له النقصان في العقل والجواب عن الاول ان اقتضاء الحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع الى الاتلافات يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذر لان في تنفيذها اضاعة المقصود من الحجر لامكان ان يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنذر وعن الثاني ما يجيء في الكتاب وعن الثالث ان قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما انتهى اقول في الجواب عن الاول وعن الثاني على الوجه المذكور بحث ايضا اما في الجواب عن الاول فلان حاصل الجواب بيان وجه عدم تنفيذ الكفارات والنذر الواقعة من السفيه وهذا لا يجدي شيئا في دفع البحث الاول لان حاصل ذلك البحث كما ترى نقض كلية قولهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا بعدم تنفيذ القاضي تصرف السفيه في الكفارات والنذر مع عدم تاثير الهزل في شيء منها فما ذكر في الجواب يقوي البحث فضلا عن ان يدفعه واما في الجواب عن الثاني فلان ما يجيء في الكتاب هو قول المصنف رح لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض ولا يذهب عليك ان هذا ايضا لا يدفع نقض الكلية المعتبرة في اصلهما كما هو حاصل البحث الثاني ايضا بل يقويه كما عرفت آنفا ثم ان بعض الفضلاء اورد على قول صاحب العناية في البحث الثالث والصحيح فيه ان يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له حيث قال فيه بحث اذ هذا المعنى لا يوجد في السفيه ولا بد من الاشتراك انتهى اقول كانه غلط في الاستخراج فتوهم ان الضمير المجرور في قوله والصحيح فيه راجع الى التعليل فاعترض بانه لا بد في تمام التعليل ههنا من الاشتراك في العلة وهذا المعنى يعني قصد اللعب دون ما وضع الكلام له لا يوجد في السفيه كما ان المعنى المذكور في الكتاب لا يوجد في الهازل على زعم صاحب البحث الثالث ولكن لا يخفى على الفطن ان الضمير المزبور راجع الى حق الهازل في قوله لا في حق الهازل فالمعنى والذي يصح في حق الهازل ان يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له لا ما ذكر في الكتاب فانه انما يصح في حق السفيه فقط فحينئذ لا يكون لمورد ذلك القائل وجه كما لا يخفى **قوله** ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم وقد اونس منه نوع رشد فيتناوله النكرة المطلقة قال في النهاية وفي المبسوط فقوله تعالى رشدا منكر في موضع الاثبات والنكرة في موضع الاثبات تختص ولا تعم فاذا وجد رشدا ما فقد وجد الشرط فيجب دفع المال اليه انتهى اقول تقرير دليل ائمتنا في هذه المسئلة على الوجه المذكور في الكافي وفي المبسوط ينتقض بقول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في السفيه المصلح في دينه دون ماله فانه يحجر عليه عندهما كما مر مع انه قد اونس منه نوع رشد وهو الرشد في دينه فيتناوله النكرة المطلقة فيجب ان يدفع اليه ايضا ماله والاظهر في تقرير استدلال ائمتنا بالآية الكريمة المذكورة ما ذكره صاحب الكفاية بعد ذكر ما في الكتاب شرحه على وفق ما في المبسوط حيث قال ولان الرشد في المال مراد بالاجماع فلا يكون الرشد في الدين مرادا كيلا تعم النكرة المطلقة اولان الدفع معلق بايناس رشد واحد لانه نكرة في موضع الاثبات فلا يكون الرشد مرادا الا انه حينئذ يكون معلقا برشدين انتهى فتدبر **قوله** ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف اقول يرد عليه النقض بالسفيه المصلح في دينه دون ماله على قولهما لا محالة لان الاسلام فيه ايضا متحقق بل هو اقوى فلزم ان يكون من اهل الولاية فينبغي ان يكون واليا للتصرف ايضا غير محجور عليه كما ذهب اليه ابو حنيفة رحمه الله **قوله** ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي رح بسبب الغفلة وهو ان يغبن في التجارات الى آخره واعترض بانه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم فانه ما حجر على حبان بن منقذ وكان يغبن في التجارات بل قال له قل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام فاثبت له البيع بشرط الخيار وما حجره واجيب بان الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم لما انه يتلف الاموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد كذا ذكره تاج الشريعة قال صاحب العناية بعد ذكر الاعتراض والجواب ورد بان ذلك لمنع المال وليس النزاع فيه انتهى وقال بعض الفضلاء ويجوز ان يقال يفهم منه الحجر ايضا بطريق الدلالة والا لم يفد المنع كما سبق من دليلهما انتهى اقول ويجوز ان يرد هذا ايضا بان الحجر

فصل في حد البلوغ قال بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة عند ابي حنيفة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن ابي حنيفة رح وهو قول الشافعي رح وعنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد ان يطعن في التاسع عشرة سنة ويتم له ثماني عشرة سنة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة اما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض في اوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وادنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين واما السن فلهما العادة الفاشية في ان البلوغ لا يتاخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ اشده واشد الصبي ثماني عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس رض وتابعه القتبي وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به غير ان الاناث نشوءهن وادراكهن اسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة **قال** واذا راهق الغلام او الجارية الحلم واشكل امره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله واحكامه احكام البالغين لانه معنى لا يعرف الا من جهتهما ظاهرا فاذا اخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض

باب الحجر بسبب الدين

قال ابو حنيفة رح لا احجر في الدين واذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم احجر عليه لان في الحجر اهدار اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص

ابلغ من منع المال في العقوبة كما مر في دليل ابي حنيفة رحه على عدم الحجر على السفيه فاني يفهم من منع المال الحجر بطريق الدلالة وان منع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد كما مر هذا ايضا في دليله جوابا عن قولهما المنع لا يفيد بدون الحجر فيسقط قول ذلك القائل ههنا والا لم يفد المنع كما يعرف من دليلهما وقال الشارح العيني بعد نقل ما ذكره تاج الشريعة وصاحب العناية قلت فيه نظر لان في حديث حبان بن منقذ نوع حجر لانه عليه السلام اطلق له البيوع كلها بالخيار فصار كالمحجور في البيوع المطلقة فافهم انتهى اقول ليس ما قاله بشيء اذ لا شك انه لا حجر في الحديث المزبور على حبان في شيء بل فيه ارشاده الى ما يليق بحاله من شرط الخيار في البيع وقول الشارح المذكور فصار كالمحجور في البيع المطلقة يشعر باعترافه ايضا بانه لم يصر محجورا عليه حقيقة في شيء فلا يجديه ما قاله شيئا ههنا ولو سلم دلالة الحديث على كونه محجورا عليه في البيوع المطلقة اي في البيوع التي لم يشترط فيها الخيار فلا يقع لما في رفع مادة الاعتراض ههنا فان مذهب الامام الشافعي جواز تحجير القاضي على المغفل في بيوعه مطلقا اي سواء شرط فيها الخيار ام لا فيرد عليه ان الحجر على المغفل في البيوع التي شرط فيها الخيار خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديث حبان بن منقذ

فصل في حد البلوغ البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انتهاء الصغر ولما كان الصغر احد اسباب الحجر لم يكن بد من بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك **قوله** وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به اقول يرد على قوله للتيقن به اعتراض قوي وهو انه لا شك ان المتيقن به في بلوغ الصبي اشده انما هو اكثر ما قيل في اشده لا اقل ما قيل فيه منها لانه اذا بلغ الاكثر منها فقد بلغ الاقل منها دون العكس نعم وجود الاقل في نفسه لا يستلزم وجود الاكثر بخلاف العكس لكن ليس الكلام ههنا في وجود مدة في نفسها بل في كون تلك المدة اشد الصبي والمتيقن به فيه انما هو اكثر ما قيل في اشده بلا ريب ثم اني لم ار احدا من الشراح حام حول هذا الاشكال سوى تاج الشريعة وصاحب الكفاية فانهما قالا فان قيل ينبغي ان يقال بالاكثر لانه المتيقن لان الادنى يكون في الاكثر دون العكس قلنا اول الآية ولا تقربوا مال اليتيم الى قوله حتى يبلغ اشده والله تعالى مد الحكم الى غاية الاشد واقل ما قيل في تفسيره ثماني عشرة وهو المتيقن اذ لو مد الى اقصاه لا بد ان يمد الى ثماني عشرة ولو مد اليها لا يكون ممتدا الى اقصاه وكانت ثماني عشرة متيقنا في كون الحكم ممتدا اليها فيبنى الحكم عليه اقول في الجواب نظر لان الاشد في الآية الكريمة المذكورة منتهى الحكم السابق وغايته كما يدل عليه قطعا قوله تعالى حتى يبلغ اشده فمجرد دخول مد الحكم السابق الى ثماني عشرة في مدة الى اقصى ما قيل في تفسير الاشد لا يلزم كون ثماني عشرة منتهى الحكم السابق وغايته حتى يلزم كونها اشده فيما اذا مد الحكم الى اقصاه ايضا وانما يلزم وجودها في نفسها في ضمن وجود مدة اكثر منها فلم يكن متيقنا بها من حيث كونها الاشد بل من حيث وجودها في نفسها فالمطلوب ههنا هو الاول دون الثاني فلا يتم التقريب والحق في اصل التعليل ان يقال وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للاحتياط كما وقع في الكافي والتبيين الا انه قال في الكافي بعد قوله للاحتياط ولانه متيقن به واما في التبيين فقد اكتفى بقوله للاحتياط وهو الاصوب

باب الحجر بسبب الدين عقب هذا الباب بالحجر بسبب الدين وما قبله بالحجر للفساد واما على قولهما فقط كما قالوا في فصل تكبيرات التشريق من كتاب الصلوة وفي باب مقاسمة الجد من علم الفرائض لان ابا حنيفة رحه لا يرى شيئا منهما واما على قولهم جميعا بناء على تعلق نظر كلهم بذلك اثباتا منهما ونفيا منه ثم ان الحجر بسبب الدين لما كان مشروطا بطلب الغرماء كان فيه وصف زائد فصار بالنظر الى ما قبله بمنزلة المركب من المفرد فلا جرم اخر تاخيره عنه **قوله** قال ابو حنيفة رحمه الله لا احجر في الدين اذا وجب ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لا احجر عليه لان في الحجر عليه اهدار اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص قال صاحب العناية في هذا المقام وابو حنيفة رحمه الله لا يجوزه لان فيه اهدار اهليته وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الاعلى للادنى انتهى اقول لا يذهب عليك ان قوله فلا يترك الاعلى للادنى لا يناسب ما قبله من المقدمتين بل ينافيه في الظاهر فكان حق العبارة

فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر

ان يقال فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى كما قاله المصنف رح فى اوائل باب الحجر للفساد واشار اليه ههنا بقوله فلا يجوز لدفع ضرر خاص هذا قال بعض الفضلاء ولعل العبارة فلا تكمل
وقوله فلا يترك سهو من الناسخ انتهى ثم اقول يمكن توجيه ما فيه النسخ الآن بوجوه الاول ان يحمل المراد بالاعلى فى قوله فلا يترك الاعلى للادنى على اهلية المديون لا على اهدار
اهليته وبالادنى على المال نفسه لا على ضرره ويرشد اليه انه قال للادنى ولم يقل لدفع الادنى كما قاله المصنف رح ولا شك ان كون هدار اهليته ضررا فوق ضرر المال انما هو بسبب
كون اهليته اعلى اى اشرف وكون المال ادنى اى اخس كان ضرر فوت الاشرف فوق ضرر فوت الاخس لا محالة فان قلت المطابق لقوله فى السؤال الآتى و
انما يكون الاول اعلى ان لو كان فى شخص واحد ان يكون المراد بالاعلى اهدار الاهلية وبالادنى ضررا يقابله قلت التطبيق ما فى الموضعين فى تعيين المراد غير لازم
فان جاز نفس الاهلية شرفا وعلوا اهدارها ضررا فى بذاك تبار ما لو كان ذاك ... المال دناءة ضرره مجازا ان يراد بالاعلى والادنى فى موضع نفس الاهلية ونفس المال وفى
موضع آخر ضررهما ويحصل بهذا القدر ما هو المقصود فى كل من الموضعين كما لا يخفى على المتامل والثانى ان يحمل الترك المنفى فى قوله فلا يترك على معنى الابقاء فيكون
معنى قوله فلا يترك الاعلى للادنى فلا يبقى الضرر الاعلى الاجل انه الادنى اى لاجل دفعه ومجئ الترك بمعنى الابقاء واقع فى التنزيل كقوله تعالى وتركنا عليه فى
الآخرين اى ابقينا نص عليه فى القاموس وشايع فى كلام المصنفين حيث يقولون ترك على حاله ووقع فى كلام المصنف رح ايضا فى هذا الباب حيث قال و
يترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقى فان قلت معنى الابقاء لا يناسب هذا المحل لان المتبادر من نفى ابقاء اهدار الاهلية تحقق اهدارها اولا ثم ابقاؤها
فرع التحقق ومذهب ابى حنيفة رح ان لا يجوز اهدار اهلية الانسان راسا لان فيه الحاقه بالبهائم قلت لا نسلم تبادر ذلك فى صورة النفى وكون الابقاء فرع التحقق
انما هو فى الثبوت ولئن سلم ذلك فيمكن ان يلتزم الحمل على خلاف المتبادر من ظاهر اللفظ بقرينة المقام والثالث ان يحمل كلمة لا فى قوله فلا يترك على الزائدة كما فى
قوله تعالى لئلا يعلم اهل الكتاب وقوله تعالى لا اقسم بهذا البلد وغيرهما من الامثلة فان قلت قد عينت مواقع زيادة لا فى اكثر كتب النحو احدها مع الواو بعد
النفى وثانيها بعد ان المصدرية وثالثها قبل القسم على قلة ورابعها مع المضاف على الشذوذ وما نحن فيه ليس منها فى شئ قلت ذكر ابن هشام فى مغنى اللبيب
وقوع لا الزائدة فى مواضع من التنزيل وعد منها قوله تعالى وما يشعركم انها اذا جاءت لا يؤمنون فيمن فتح الهمزة وقال فقال قوم منهم الخليل والفارسى لا زائدة
والا لكان عذرا للكفار وعد منها ايضا قوله تعالى وحرام على قرية اهلكناها انهم لا يرجعون وقال فقيل لا زائدة والمعنى ممتنع على قرية قدرنا اهلاكهم لكفرهم انهم
يرجعون عن الكفر الى قيام الساعة انتهى ولا يخفى ان هذين الموضعين ليسا من المواقع الاربعة المعينة وموافقين لما نحن فيه فكفى بهما حجة لهذا الوجه من التوجيه
فان قلت لا ينتظم حينئذ آخر الكلام وهو قوله للادنى اذ لا معنى لان يقال يترك الضرر الاعلى للضرر الادنى فان ترك الضرر الاعلى ليس للضرر الادنى بل لكونه
اشد وافحش منه ثم انه اذا لم يكن معنى قوله للادنى لدفع الادنى واما اذا كان معناه ذاك كما هو الظاهر ففساد المعنى اظهر اذ يصير المعنى اذ ذاك فيترك الضرر الاعلى
لدفع الضرر الادنى فيلزم ان لا يتحمل شئ من الضررين وليس كذلك قطعا قلت يمكن نظم ذلك بان يحمل اللام فى قوله للادنى على معنى عند فيكون معنى الكلام
فيترك الضرر الاعلى عند تيسر الضرر الادنى لوجوب اختيار اهون الشرين وهذا معنى مستقيم كما ترى ومجئ اللام بمعنى عند قد ذكره ابن هشام فى مغنى اللبيب ومثله
بقولهم كتبته لخمس خلون وقال وجعل منه ابن جنى قراءة قوله تعالى بل كذبوا بالحق لما جاءهم بكسر اللام وتخفيف الميم انتهى والانصاف ان هذا الوجه ابعد الوجوه
التى ذكرناها لتوجيه كلام صاحب العناية ههنا لكن مقصودنا بيان جملة ما وخطر من الاحتمالات فى توجيه كلامه بحسب الامكان على القواعد العربية ثم قال
ثم قال صاحب العناية فان قيل اهدار الاهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول اعلى لو كانا فى شخص واحد فالجواب ان ضرر
الدائن يندفع بالحبس لا محالة والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ولو لم يكن اعلى مما اندفع به ضرر الدائن واهدار الاهلية اعلى من الحبس فيكون اعلى من

ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلة بالنص

ضرر الدائن انتهى كلامه اقول حاصل السؤال منع كون اهدار الاهلية المديون اعلى ضررا من ضرر الدائن مستندا بكونهما في شخصين دون شخص واحد وحاصل الجواب اثبات المقدمة الممنوعة بطريق قياس المساواة بحيث يظهر منه بطلان السند ايضا تقريره ان اهدار الاهلية اعلى ضررا من الحبس والحبس اعلى ضررا من ضرر الدائن بملاحظة مقدمة مقررة وهي ان الاعلى من الاعلى من الشيء اعلى من ذلك الشيء ولا شك ان هذا القياس يقتضي كون اهدار الاهلية اعلى ضررا من ضرر الدائن وان كانا في شخصين فيسقط المنع ويبطل السند ولكن لما ادعي في المقدمة الثانية من القياس المزبور وهي قولنا والحبس اعلى ضررا من ضرر الدائن نوع خفاء بينها الشارح المذكور اولا بما حاصله ان ضرر الدائن يندفع بالحبس ولو لم يكن الحبس اعلى ضررا من ضرر الدائن لما اندفع هذا بذاك ثم ذكر المقدمة الاولى والنتيجة لظهورهما بلا بيان ثم اقول في الجواب بحث اما اولا فلان قوله ان ضرر الدائن يندفع بالحبس لا محالة في حيز المنع لجواز ان يختار المديون الحبس ابدا ولا يوفي حق الدائن فلا يندفع حينئذ ضرر الدائن واما ثانيا فلان الحبس لو كان اعلى ضررا من ضرر الدائن لما جاز الحبس عند ابي حنيفة رحمه الله بناء على مقتضى قوله لا تحمل الضرر الاعلى لدفع ضرر الادنى كما هو الاساس في اثبات مذهبه في هذه المسئلة مع ان الحبس جائز بالاجماع ومتعين عند ابي حنيفة رح ويمكن ان يجاب عن الاول بان اختيار المديون الحبس الابدي مع قدرته على اداء الدين بعيد جدا غير واقع في العادة الا بغاية الندرة ومبنى الاحكام الشرعية على الغالب الاكثر وعن الثاني بان الحبس ليس لمجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل هو مع ذلك جزاء الظلم المديون الدائن بالمماطلة وقد صرح المصنف رح في فصل الحبس من كتاب القضاء بكون الحبس جزاء المماطلة حيث قال واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها واشار اليه الشارح المذكور في اثناء الجواب المزبور بقوله والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ولعل قصده الاشارة اليه كان باعثا على ذكره هذه المقدمة اثناء الجواب والا فلا دخل له اصلا في اثبات المقدمة الممنوعة في السؤال كما ظهر من تقريرنا السابق فاذا كان كذلك فاختيار الحبس للمجازاة الشرعية مع اندفاع المال عن الدائن به ايضا لا لمجرد دفع هذا الضرر الذي هو ادنى من ضرر الحبس حتى ينتقض به قول ابي حنيفة رح لا تحمل الاعلى لدفع الادنى فان قلت هب ان الحبس ليس لمجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل له ولجزاء ظلم المماطلة معا لكن يندفع به ظلم المماطلة ايضا كما يفصح عنه قول المصنف رح فيما بعد ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه انتهى فيقاس المقدمة المذكورة في الجواب القائلة ولو لم يكن اعلى لما اندفع به ضرر الدائن يقال ولو لم يكن الحبس اعلى من ظلم المماطلة لما اندفع به ذلك الظلم فيلزم ان يكون الحبس اعلى من ظلم المماطلة ايضا فيعود انتقاض قوله لا تحمل الاعلى لدفع الادنى بالحبس قلت المندفع بالحبس ظلمه الآتي كما هو المراد بقول المصنف رح فيما بعد ودفعا لظلمه لا ظلمه الماضي اذ لا مجال لدفع ما تحقق فيما مضى من المماطلة لانها عرض لا يبقى والذي جعل الحبس جزاء له انما هو ظلمه الماضي واختيار الحبس لمجازاة ظلمه الماضي مع دفع ظلمه الآتي ودفع ضرر المال عن الدائن ايضا فلا يتمشى النقض بالنظر الى مجازاة ظلمه الماضي كما لا يخفى ولئن سلم كون الحبس اعلى من ظلمه مطلقا ومن ضرر الدائن فنقول ان قوله لا تحمل الاعلى لدفع الادنى في قول على موجب القياس والحبس قد ثبت بالنص من كتاب وسنة على ما صرح به في فصله وفصلوه فيترك به القياس بخلاف الحجر بسبب الدين فانه لم يثبت بنص فيجري فيه القياس ويسقط النقض بالحبس قطعا لا يقال الحجر بسبب الدين ايضا ثابت بالنص وهو ما روي ان معاذا ركبته ديون فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص كما ذكر في البدائع والتبيين وبعض شروح هذا الكتاب دليلا على قول الامامين في هذه المسئلة لانا نقول اجابوا عنه في تلك الكتب ايضا عن قبل ابي حنيفة رح بان بيع النبي صلى الله عليه وسلم مال معاذ رضي كان باذنه استعان بالنبي عليه السلام وقالوا والدليل عليه ان بيع ماله لا يجوز حتى يامره ويأبى ولا يظن بمعاذ رضي الله عنه ان يخالف امر رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال في البدائع مع ما روي انه طلب من رسول الله صلى الله عليه وسلم

ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء لان الحجر على السفيه انما جوزناه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه **قال** وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما لان البيع مستحق عليه لايفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف وان صح البيع كان الحبس اضرارا بهما بتاخير حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا **قال** وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير امره وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه فللقاضي ان يعينه وان كان دينه دراهم وله دنانير او على ضد ذلك باعها القاضي في دينه وهذا عند ابي حنيفة استحسان والقياس ان لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان ياخذه جبرا وجه الاستحسان انهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها واعيانها اما النقود فوسائل فافترقا ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالايسر فالايسر لما فيه من المسارعة الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لان به كفاية وقيل دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس **قال** فان اقر في حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم

الى ثيابه فالبينا ل بركته فيصير دينه مقضيا بتركته انتهى فظهرانه لا نص يدل على جواز الحجر بسبب الدين فتعين ان المدار فيه هو القياس وتحقيق هذا المقام على هذا المنوال من الاسرار التي وفقنا لها بتوفيق الله تعالى ثم ان من العجائب ههنا اني قد ابتليت في زمان من الازمان بان امتحن مع بعض من عاصرني لا لاهلي والاعيان لاجل بعض من المدارس في يوم واحد من كتب ثلثة الهداية وشرح المواقف وشرح المفتاح فاتفق ان يقع البحث من هذا الكتاب في اول هذا الباب وكان استخراج لبعض من اصحاب الامتحان في هذا المقام على ان تكون كلمة لو في قول صاحب العناية في الجواب ولو لم يكن اعلى لما اندفع به ضرر الدائن وصلية فجعل كلمة اعلى مضافة الى كلمة ما وجعل كلمة ما موصولة فبنى على هذا الاستخراج خرافات من الاوهام فلما عرض ذلك على الصدرين اللذين كانا حكمين في ذلك الامتحان بينا بطلانه وشنعا عليه جدا ومع ذلك لم يرجع عن رايه الباطل بل اصر عليه وراجع لبعض الوزراء واستعان لشهادة لبعض من جملة المدرسين بالمدارس العالية فوقع النزاع وشاع الامر حتى كادت تقع فتنة عظيمة وتشدد من قال رحم الله امرأ عرف قدره ولم يتعد طوره **قوله** ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه في دينه اقول يرد على ظاهر عبارة المصنف رح ههنا ما اورده صاحب العناية على نظيرها في اوائل باب الحجر للفساد بان قال تسامح عبارته في الجمع بين الابد وحتى ظاهر ويمكن توجيه عبارته ههنا ايضا بما وجهنا به عبارته هناك من حمل الابد على الزمان الطويل الممتد ويمكن ههنا توجيه آخر وهو ان تكون كلمة حتى ههنا بمعنى كي دون الى فيصير معنى الكلام ولكن يحبسه ابدا لان يبيعه فلا مسامحة في الجمع اصلا اذ المسامحة انما هي في الجمع بين الابد وحتى بمعنى الانتهاء دون السببية كما لا يخفى نعم لا يقصد بالابد معنى الدوام البتة ولكنه امر آخر وراء المسامحة في الجمع تامل تقف **قوله** وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه اقول لقائل ان يقول لا يجب ان يكون المحجور عليه مفلسا بل يجوز الحجر على الغني ايضا عندهما نظرا للغرماء بل الحجر بسبب الدين انما تفيد فائدته في حق الغني دون المفلس كما لا يخفى على الفطن فذكر المفلس في وضع المسئلة يخل بحق لا يقال قد ذكر في النهاية وغيرها نقلا عن الذخيرة ان من مشائخنا من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس حتى لو حجر عليه ابتداء من غير ان يقضي عليه بالافلاس لا يصح حجره بلا خلاف والخلاف عندهما يتحقق في حالة الحيوة فيمكن للقاضي القضاء بالافلاس وبالحجر بناء عليه وعند ابي حنيفة رح الافلاس في حال الحيوة لا يتحقق فلا يمكنه القضاء بالافلاس اولا وبالحجر بناء عليه ومنهم من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتدأة فعلى هذا القول المانع من الحجر عند ابي حنيفة رح كون الحجر متضمنا الحاق الضرر بالمحجور ولا تعلق له بالقضاء بالافلاس انتهى فيجوز ان يكون ذكر المفلس في وضع المسئلة في الكتاب بناء على اختيار قول من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس لانا نقول ما ذكر في الكتاب في تضاعيف بيان المذهبين في هذه المسئلة وتقرير دليلهما كقوله في مذهب ابي حنيفة رح وان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر وقوله في مذهبهما لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم وقوله فيه ايضا وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص يدل قطعا على ان ليس مدار ما في الكتاب على اختيار قول من قال مسئلة الحجر بناء على مسئلة القضاء بالافلاس اذ القضاء بالافلاس لا يتصور فيما اذا ظهر ماله وتلك الاقوال المذكورة في الكتاب صريحة في ظهور ماله بل مدار ما في الكتاب على اختيار قول من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتدأة غير مبنية على مسئلة القضاء بالافلاس كما لا يخفى فالجواب ان يقال ليس المراد بالمفلس في قوله اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه معناه الحقيقي بل المراد به اما من يدعي الافلاس فيتناول الغني ايضا اذ الظاهر ان المديون الذي لا يؤدي دينه يدعي الافلاس وان كان غنيا في نفسه واما من حاله حال المفلس فلا شك ان الغني الذي لا يؤدي دينه حاله في عدم اداء الدين حال المفلس فلا يلزم تخصيص المسئلة بما هو مفلس حقيقة **قوله** ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء اقول وجه ذكر التصرف المطلق بين البيع والاقرار مع انهما من جنس التصرف ايضا غير واضح والعهدة في ذلك على القدوري لان هذه العبارة عبارة القدوري والمصنف رح مع عنه ولكنه لو اصلحها بتصرف لكان اصلح كما لا يخفى **قوله** وهذا عند ابي حنيفة رح استحسانا قال كثير من الشراح انما خص

بخلاف الاستهلاك لانه مشاهد لا مرد له ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان حقهم لم يتعلق به لعدم وجوده وقت الحجر قال وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي ارحامه ممن يجب نفقته عليه لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو تزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها اسوة للغرماء قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب ادب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيده الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن اخرجه تحرزا عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطؤها لا يمنع عنه لانه قضاء احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى قال ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي قال ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة وقالا اذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه الا ان يقيموا البينة ان له مالا لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يتحقق القضاء بالافلاس لان مال الله تعالى غاد ورائح ولان وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال حق الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة الى ان بينة

ابا حنيفة رح بالذكر وان كان هذا بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض وكان ينبغي ان لا يجوز في النقدين ايضا لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف انتهى اقول ما ذكروه انما يتم ان لو كان عبارة المصنف رح وهذا عند ابي حنيفة رح بدون ذكر قوله استحسانا واما عند ذكر قيد الاستحسان كما هو الواقع في كلام المصنف رح فقد كان ذلك مخصوصا بابي حنيفة رحمه الله في الحقيقة فان كون جواز بيع النقدين بطريق الاستحسان دون القياس انما هو قول ابي حنيفة رح فقط واما عندهما فيجوز بيع النقدين بطريق القياس فلا احتياج الى الاعتذار تدبر **قوله** بخلاف الاستهلاك قال جماعة من الشراح قوله بخلاف الاستهلاك متعلق بقوله لزم ذلك بعد قضاء الديون يعني انه اذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه اسوة لسائر الغرماء انتهى كلامهم اقول في تفسيرهم نوع خلل اذ في صورة استهلاك مال الغير ليست المؤاخذة بضمانه متقدمة على قضاء الديون كما يوهمه قولهم يؤاخذ بضمانه قبل قضاء الديون بل المؤاخذة بذلك مع قضاء الديون بمرتبة واحدة نعم قولهم فكان المتلف عليه اسوة لسائر الغرماء صريح في المجموع بمرتبة واحدة لكن الكلام في استدراك اول كلامهم بل اختلاله فالاظهر الاخصر ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال في شرح قول المصنف رح بخلاف الاستهلاك حيث يصير المتلف عليه اسوة للغرماء بلا خلاف انتهى او ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال في شرح ذلك حيث يلزمه ضمانه في الحال ويكون المتلف عليه اسوة لسائر الغرماء انتهى **قوله** وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار اقول ليس المفلس ههنا على معناه الحقيقي كما مر نظيره بل عدم ارادة الحقيقة ههنا اظهر لان قوله من ماله يأبى ارادتها قطعا وعن هذا وقع في الكافي وغيره بدل المفلس المديون فالمراد بلفظ المفلس في عبارة الكتاب المعنى المجازي على احد التوجيهين الذين ذكرتهما فيما مر من قبل فتذكر **قوله** فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة اقول كان لفظ مختصر القدوري والبداية ههنا هكذا وان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع وبدل القرض وفي كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة انتهى وقد ترك المصنف رح في النقل بعض ذلك من البين كما ترى ولم يظهر لي وجه لذلك سوى الحمل على النسيان من المصنف رح عند كتب هذه المسئلة في الهداية لامر يعتري الانسان في بعض الاحيان على مقتضى البشرية **قوله** الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له قوله الى ان قال متعلق بقوله قال فان لم يعرف للمفلس مال يعني قال القدوري في مختصره فان لم يعرف للمفلس مال الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له وقوله يعني خلى سبيله تفسير من المصنف لمراد القدوري بقوله وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له وقوله لوجوب النظرة الى الميسرة تعليل لذلك اقول كان الاولى والاظهر ان يقدم المصنف رح قوله الى ان قال على قوله وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب ادب القاضي لئلا يعترض كلام نفسه في اثناء نقل كلام القدوري فيورث التشويش للناظر في تعلق قوله الى ان قال بقوله قال فان لم يعرف للمفلس مال وان يترك قوله الى ان قال ويقول قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له كما هو عادته في سائر المواضع حتى يكون كلاما مستقلا كنظائره ولا يكون قلقا كما ذكره تبصر تفهم **قوله** ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة اقول لقائل ان يقول هذا التعليل قاصر عن افادة تمام المدعى لان استواء حقوقهم في القوة انما يفيد عدم جواز تقديم بعضهم على البعض الآخر فيستدعي وجوب القسمة بينهم ولا يفيد ان تكون القسمة بينهم بالحصص اي بقدر حصة كل واحد منهم من الدين بل يوهم لزوم الاستواء فيما اخذوه وتمام المدعى ههنا وجوب القسمة بينهم بالحصص لا مجرد وجوب القسمة بينهم فليتامل **قوله** لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة قال صاحب العناية في تقرير هذا المحل لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن والعجز عن ايفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياسا على العجز عن ايفاء المبيع والجامع بينهما انه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة انتهى ورد بعض الفضلاء قوله

اليسار ترجح على بينة الإعسار لانها اكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله فى الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على انه يدور معه اينما دار ولا يجلسه فى موضع لانه حبس ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لابد ان يكون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ فى حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضى ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخول داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلازمها لما فيه من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأة امينة تلازمها **قال** ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعى رحمه الله يحجر القاضى على المشترى بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشترى عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق وصف فى الذمة اعنى الدين وبقبض العين تتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا فى موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطى للعين حكم الدين والله اعلم

كتاب المأذون

الاذن هو الاعلام لغة وفى الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا

والجامع بينهما انه عقد معاوضة حيث قال فيه بحث بل العلة الجامعة هى العجز عن التسليم وقوله وهذا لانه عقد معاوضة الى آخره لبيان صحة القياس فليتأمل انتهى اقول ليس ذاك بسديد لان مجرد العجز عن التسليم لا يكاد ان يكون علة جامعة فى صحة القياس ههنا بدون ملاحظة كون العقد عقد معاوضة والا لزم ان يوجب العجز عن التسليم حق الفسخ فى غير عقد المعاوضة ايضا ولم يقل به احد فالمدار فى تحقق العلة الجامعة ههنا كون البيع عقد معاوضة وهو الوجه لبيان المصنف رحمه الله صحة القياس ههنا بقوله وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة والقول بان الجامع بينهما انه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة ليس مما تفرد به صاحب النهاية بل اتفقت على التصريح به كلمة الثقات ههنا كصاحب الكافى وصاحب معراج الدراية والامام الزيلعى وغيرهم

كتاب المأذون

ايراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضى سبق الحجر فلما ترتبا وجودا ترتبا ايضا ذكرا وما للتناسب **قوله** الاذن الاعلام لغة اقول لم ار قط فى كتب اللغة المتداولة بين الثقات مجئ الاذن بمعنى الاعلام وانما المذكور فيها كون الاذان بمعنى الاعلام فقوله الاذن الاعلام لغة محل نظر يظهر ذلك لمن يراجع كتب اللغة نعم قد وقع فى كلام كثير من المشائخ فى كتب الفقه تفسير معنى الاذن لغة بالاعلام كما ذكره المصنف رحمه الله ولعلهم تسامحوا فى التفسير فعبروا عن معنى الاذان بمعنى الاذن من اذن له فى الشئ اذنا اى اباحه كما صرح به فى القاموس بما يلازمه عادة من الاعلام ولا يخلو عن نوع الايماء اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال يحتاج ههنا الى بيان الاذن لغة وشرعا ثم قال اما اللغة فالاذن فى الشئ رفع المانع لمن هو محجور عنه واعلام باطلاقه فيما حجر عنه من اذن له فى الشئ اذنا انتهى ثم ان من المستبعد ههنا ما ذكره الامام الزيلعى رحمه الله حيث قال فى التبيين والاذن فى اللغة الاعلام ومنه الاذان وهو الاعلام بدخول الوقت انتهى وكذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال فى فصل شرائط الركن من كتاب المأذون لان الاذن هو الاعلام قال الله تعالى واذان من الله ورسوله اى اعلام انتهى فان مدار ما ذكراه اتحاد الاذن والاذان حيث استشهدا بمعنى احدهما على معنى الآخر وليس كذلك قطعا والاظهر فى تفسير معنى الاذن لغة ما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه حيث قال اما الاذن فهو الاطلاق لغة لانه ضد الحجر وهو المنع فكان اطلاقا عن شئ اى شئ كان انتهى **قوله** وفى الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا قال فى غاية البيان يعنى ان العبد كان محجورا عن التصرف لحق المولى فاذا اذن له المولى اسقط حق نفسه انتهى وقال فى النهاية اى اذن المولى لعبده فى التجارة واسقاط الحق نفسه الذى كان العبد لاجله محجورا عن التصرف فى مال المولى قبل اذنه وبالاذن اسقط حق نفسه عنه انتهى وقال فى العناية فان المولى اذا اذن عبده فى التجارة اسقط حق نفسه الذى كان العبد لاجله محجورا عن التصرف فى مال المولى قبل اذنه انتهى وقال تاج الشريعة لانه كان للمولى حق فى رقبة العبد فقبل الاذن لا يتعلق الديون برقبته ولا بكسبه وبعد الاذن يسقط هذا الحق وتعلق الديون بهما انتهى وقال فى الكفاية وفى الشرع فك الحجر واسقاط الحق وهو حق المولى مالية الكسب والرقبة فانه يمنع تعلق حق الغير بهما صونا لحق المولى وانه بالاذن اسقط حقه انتهى فتلخص من المجموع ان المراد بالحق ههنا حق المولى وقد افصح عنه المصنف رحمه الله فيما بعد حيث قال والحجارة عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا تعلق الدين برقبته او بكسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه انتهى قال صاحب الاصلاح والايضاح المراد بالحق ههنا حق المنع لا حق المولى لانه مع اختصاصه باذن العبد غير صحيح لان حق المولى لا يسقط بالاذن ولذلك يأخذ من كسبه جبرا على ما سياتى والمسقط هو المولى ان كان المأذون رقيقا والولى ان كان صبيا انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان كون المراد بالحق ههنا حق المنع لا ينافى كونه حق المولى بل يقتضيه لان حق المنع المتعلق بالعبد هو حق المولى لا حق غيره فان معنى حق المنع حق هو منع عن التصرف على ان تكون الاضافة بيانية ومعنى حق المولى حق هو للمولى على ان تكون الاضافة

والصبي بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا لتعلق الدين برقبته او كسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى

بمعنى اللام ولا ريب ان الحق الذي هو منع العبد عن التصرف انما يكون للمولى لا لغيره فكان حقا له قطعا واما ثانيا فلانه ان اراد بقوله لان حق المولى لا يسقط بالاذن انه لا يسقط به اصلا فممنوع كيف وسيأتي انه اذا لزمته ديون محيط بكسبه ورقبته تعلقت بكسبه ورقبته جميعا فيباع كل ذلك للغرماء فيسقط حق المولى في كسبه ورقبته جميعا بالاصالة وان اراد بذلك انه لا يسقط به في الجملة كما اذا لم يحط بها ديون فمسلم لكن لا يجدي نفعا اذ ليس المراد باسقاط الحق في معنى الاذن شرعا اسقاطه بالكلية البتة بل المراد به اسقاطه في الجملة وذلك يتحقق في صورة احاطة الدين بل في صورة عدم احاطته ايضا بالنظر الى البعض الساقط بمقدار الدين كما لا يخفى واما اختصاص حق المولى باذن العبد فلا يضر اذ المقصود بالذات في كتاب الماذون بيان اذن العبد وانما يبين فيه اذن الصبي ايضا على سبيل التبعية فيجوز ان يكون مراد ذكره تفسير الاذن في الشرع على ما هو المقصود بالذات في كتاب الماذون ثم ان صاحب النهاية قال واما حكمه فما هو التفسير الشرعي وهو فك الحجر الثابت بالرق شرعا عندنا وله الاذن لا الانابة والتوكيل لان حكم الشيء ما ثبت به والثابت بالاذن في التجارة فك الحجر عن التجارة وقال هذا ما ذكره في المبسوط والايضاح والذخيرة والمغني وغيرها انتهى وقد اقتفى اثره الامام الزيلعي حيث قال في التبيين وحكمه هو التفسير الشرعي وهو ما ذكرنا من فك الحجر انتهى اقول كون حكم الاذن ما هو تفسيره الشرعي غير معقول المعنى لان حكم الشيء على ما تقرر عندهم انما هو اثره الثابت به المترتب عليه وقد اشار اليه صاحب النهاية ايضا بقوله لان حكم الشيء ما يثبت به ولا يذهب على ذي مسكة ان ما يثبت بالشيء ويصير اثرا مترتبا عليه لا يصلح ان يكون تفسير ذلك الشيء محمولا عليه بالمواطأة ثم اقول ليس المذكور في الذخيرة وغيرها ان حكمه ما هو تفسيره الشرعي بل المذكور فيها هكذا واما بيان حكمه فنقول حكمه شرعا عندنا فك الحجر الثابت بالرق شرعا عندنا وله الاذن لا الانابة والتوكيل لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت في الاذن في التجارة فك الحجر عن التجارة انتهى فيجوز ان يكون المراد بفك الحجر المذكور فيها ما هو مصدر من المبني للمفعول فيؤول الى معنى انفكاك الحجر ويصير صفة للحجر ولا شك ان المراد بفك الحجر المذكور في تفسير الاذن شرعا ما هو مصدر من المبني للفاعل وصفة للاذن فيصح ان يكون المذكور في تلك الكتب حكما للاذن الشرعي اذ لا ريب ان الانفكاك اثر ثابت بالفك كالانكسار مع الكسر ثم ان الاظهر في بيان حكم الاذن ما ذكره صاحب غاية البيان وعزاه الى التحفة حيث قال واما حكمه فملك الماذون ما كان من قبيل التجارة وتوابعها وضروراتها وعدم ملكه ما لم يكن كذلك الى هذا اشار في التحفة وذلك لان حكم الشيء ما يثبت بالشيء والثابت بالاذن ما قلنا وكان حكما له الى هنا كلامه **قوله** والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز فان قيل الماذون عديم الاهلية لحكم التصرف وهو الملك فينبغي ان لا يكون اهلا لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية انما تراد لحكمها وهو ليس باهل للملك فلا يكون اهلا لسببه اجيب بان حكم التصرف ملك اليد والرقيق اهل لذلك الا يرى ان استحقاق ملك اليد يثبت للمكاتب مع قيام الرق فيه وهذا لان مع الرق اهل للحاجة فيكون اهلا لقضائها وادنى طريق قضائها ملك اليد فهو الحكم الاصلي للتصرف وملك العين شرع للتوصل اليه فما هو الحكم الاصلي يثبت للعبد وما وراء ذلك تخلفه المولى فيه وهو نظير من اشترى شيئا على ان البائع بالخيار ثم مات فمضى اختيار البائع البيع تثبت ملك العين للوارث على سبيل الخلافة عن المورث يتصرف باشره المورث بنفسه كذا ذكر في كثير من شروح هذا الكتاب وفي عامة كتب الاصول اقول فيه بحث لانهم ان ارادوا ان الرقيق له ملك اليد باهليته الاصلية الذاتية كما هو المتبادر من كلامهم يشكل بما تقرر عندهم من ان المكاتب مملوك لمولاه رقبة لا يدا والمدبر مملوك له يدا لا رقبة والقن مملوك له رقبة ويدا فان الرقيق اذا كان مالكا ليده فكيف يكون مملوكا لمولاه يدا في صورة ان كان قنا او مدبرا وان ارادوا ان له ملك اليد باهليته المكتسبة من مولاه بالاذن او الكتابة فلا يتم التقريب اذ كلام المصنف رح وغيره صريح في ان اصل اصحابنا ان العبد الماذون له متصرف لنفسه باهليته الاصلية الثابتة له بلسانه الناطق وعقله المميز فليتأمل في التوجيه **قوله** ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى قال في العناية صحح المصنف رح كونه يتصرف باهلية نفسه بقوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى وهذا لان اول تصرف

ولهذا لا يقبل التوقيت حتى لو اذن لعبده يوما كان مأذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت يصير مأذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي رح ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا

يباشره العبد المأذون بالشراء لانه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف في ذمته بايجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الاداء حال الطلب يحبس وذمته خالص حقه لا محالة ولهذا لو اقر على نفسه بالقصاص صح وان كذبه المولى وكان الشراء حقا له وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الاذن ايضا لكن شرطنا اذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه انتهى وهذا حاصل ما ذكره صاحب النهاية ناقلا عن الذخيرة اقول يرد على ظاهر قوله لان اول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لانه لا مال له حتى يبيع انه لا يلزم من ان لا يكون له مال يبيعه ان يكون اول تصرفه الشراء لجواز ان يكون اول تصرفه اخذ المضاربة او ايجار نفسه فانه يملك كل واحد من ذينك التصرفين كما سيأتي في الكتاب فلا يقتضي شئ منهما ان يكون له مال كما لا يخفي ويمكن ان يقال يجوز بناء قوله المزبور على ما هو الاصل في التجارة وما هو الغالب وقوعا فيها ولا يخفي ان الاصل في التجارة هو البيع والشراء كما سيأتي التصريح به من المصنف رح وانما هو الغالب وقوعا في باب التجارة فعلى مقتضي ذلك البناء اذا لم يكن للعبد المأذون في اول تصرفه مال يبيعه يتعين له الشراء ثم قال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب العناية لان اول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء بل اول تصرف يباشره مواجرة نفسه والجواب انه عند الخصم فان مواجرة نفسه غير جائزة عنده في احد قوليه على ما يجي انتهى اقول في كل من ايراده وجوابه سقامة اما في الاول فلانه قال بل اول تصرف يباشره مواجرة نفسه بطريق الجزم وكان الظاهر ان يقول بل يجوز ان يكون اول تصرف يباشره مواجرة نفسه على ان قوله مواجرة نفسه خطاء على ما ذكر في الاساس والمغرب وكان الصواب ان يقول بدل ذلك ايجار نفسه كما قلت فيما مر واما في الثاني فلان الصدد اثبات ما قلنا ان العبد المأذون له يتصرف بعد الاذن لنفسه بالاهلية لا الصدد الجواب عما قاله الخصم بل لم يقع التصريح من المصنف رح ههنا بما قاله الخصم اصلا فكيف يصح ان تحمل المقدمة المذكورة على مذهب الخصم في احد قوليه دون مذهبنا على انها لو حملت على مذهب الخصم لم تسلم ايضا لجواز ان يكون اول تصرف يباشره اخذ المضاربة كما ذكرنا من قبل والخصم لا ينكر جواز ذلك فلم يتقن الحمل على مذهبه فالذي يمكن في الجواب ما قدمناه لا غير **قوله** ولهذا لا يقبل التاقيت قال صاحب العناية وصحح المصنف رح كونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التاقيت ثم قال فان قيل قوله فك الحجر واسقاط الحق مذكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب من وجهين احدهما انه ليس باستدلال وانما هو تصحيح النقل بما يدل على انه عندنا معرف بذلك كما اشرنا اليه والثاني ان حكمه الشرعي هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا انتهى كلامه اقول في كل من وجهي الجواب نظر اما في الاول فلان تصحيح النقل بما يدل على انه عندنا معرف بذلك عين الاستدلال فان ما يدل على ذلك هو الدليل وتصحيح النقل الثاني هو الاستدلال فما معنى قوله انه ليس باستدلال واما في الثاني فلان كون حكمه الشرعي هو تعريفه مما لا يكاد يصح لان حكم الشئ ما هو خارج عنه مباين له وان كان اثرا مترتبا عليه وتعريف الشئ ما هو محمول عليه بالمواطاة متحد به في الذات فاني يكون احدهما هو الآخر وقد مر مثل ذلك من قبل والحق في الجواب ان يقال ليس الاستدلال المذكور على نفس التعريف حتى يرد ان التعريف لا يقبل الاستدلال عليه لانه تصور والتصور لا يكتسب من التصديق بل على الحكم الضمني كان يقال هذا التعريف صحيح وهذا التعريف مطابق لاصولنا ونحو ذلك ولا يخفى ان تلك الاحكام تصديقات تقبل الاستدلال عليها قطعا ونظير هذا ما حققوا في فنه من ان المنع والنقض والمعارضة في التعريفات انما تتوجه الى الاحكام الضمنية لا الى نفس التعريفات تدبر ترشد **قوله** ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او للاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا قال الامام الزيلعي في التبيين بعد ان قال مثل هذا هكذا ذكر صاحب الهداية وغيره وذكر قاضي خان في فتاواه اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن انتهى اقول كانه فهم المخالفة بين ما ذكره صاحب الهداية وغيره وبين ما ذكره قاضي خان في فتاواه وليس الامر كما فهمه اذ الظاهر ان مراد الامام قاضي خان ان سكوت المالك فيما اذا رأى عبده يبيع عينا من اعيان ماله لا يصير اذنا في حق ذلك التصرف الذي صادفه السكوت لا في حق سائر تصرفات ذلك العبد في باب التجارة مطلقا ويرشد اليه قوله وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن فان المراد ههناك عدم صحة التصرف الذي صادفه السكوت بلا ريب والا دل الى كلام

لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيما يعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا لمنعه دفعا للضرر عنهم **قال** واذا اذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات ومعنى هذه المسئلة ان يقول له اذنت لك في التجارة ولا يقيده ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لانه اصل التجارة ولو باع او اشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة خلافا لهما هما يقولان ان البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن كالهبة وله انه تجارة والعبد متصرف باهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع ماله اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع ما بقي لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد واذا كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري ادّ جميع المحاباة والا فاردد البيع كما في الحر وله ان يسلم ويقبل السلم لانه تجارة وله ان يوكل بالبيع والشراء لانه قد لا يتفرغ بنفسه **قال** ويرهن ويرتهن لانهما من توابع التجارة فانهما ايفاء واستيفاء ويملك ان يتقبل الارض ويستأجر الاجراء والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح ويشتري طعاما فيزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح قال عليه السلام الزارع يتاجر ربه وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة ويأخذها لانه من عادة التجار وله ان يؤاجر نفسه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا ان نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه ينحجر به والرهن لانه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى اما الاجارة لا ينحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه **قال** فان اذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يكون مأذونا الا في ذلك النوع

صاحب الهداية وغيره على كون السكوت اذنا في حق التصرف الذي صادفه السكوت فيما اذا باع عينا مما كان للمولى بغير رضاه بل خلافه مصرح به في اكثر الشروح وسائر المعتبرات قال في البدائع واما الاذن بطريق الدلالة فنحو ان يرى عبده يبيع ويشتري فلا ينهاه ويصير مأذونا في التجارة عندنا الا في البيع الذي صادفه السكوت واما في الشراء فيصير مأذونا وعند زفر والشافعي لا يصير مأذونا انتهى وقال في المحيط البرهاني قال محمد رحمه الله في الاصل اذا نظر الرجل الى عبده وهو يبيع ويشتري فلم ينه عن ذلك يصير العبد مأذونا في التجارة عند علمائنا الثلاثة واذا رأى عبده يبيع عينا من اعيان ماله فسكت يصير مأذونا في التجارة ولكن لا يجوز بيعه مال المولى قال محمد رحمه الله وهذا بمنزلة ما لو رأى المولى عبده المسلم يشتري شيئا بالخمر والخنزير فسكت يصير العبد مأذونا في التجارة وان كان لا يجوز هذا الشراء كذا ههنا انتهى فكيف يجوز حمل كلام قاضي خان في فتاواه على خلاف ما نص عليه محمد رحمه الله في الاصل بقوله واذا رأى عبده يبيع عينا من اعيان ماله فسكت يصير مأذونا في التجارة فالوجه ان يحمل على مضمون قوله ولكن لا يجوز بيعه مال المولى كما بيناه **قوله** لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيما يعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا لمنعه دفعا للضرر عنهم قال صاحب العناية في تفصيل هذا التعليل وانما جعل سكوته حجة لانه موضع بيان اذ الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تفضي الى لحوق ديون عليه واذا لم يكن مأذونا يتأخر المطالبة الى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضرار بالمسلمين باتواء حقهم ولا اضرار في الاسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان انه راض به او لا والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان انتهى واعترض بعض الفضلاء من جانب الخصم على قوله والناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى حيث قال لهما ان يقولا ذلك لحماقة المعامل حيث اغتر بمجرد السكوت ولم يسأل من المولى ولذلك نظائر انتهى اقول ليس هذا بوارد لان العامل لا يغتر بمجرد السكوت بل يعتمد على ما جرى عليه العرف من ان من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويؤدبه عليه وقد صرح به في الكافي وغيره حيث قالوا ولنا ان العادة جرت بان من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويؤدبه عليه فاذا لم ينهه علم انه راض فجعل سكوته اذنا دلالة دفعا للغرور عن الناس فانهم يعتقدون ذلك اطلاقا منه فيبايعونه حملا لفعله على ما يقتضيه الشرع والعرف كما في سكوت النبي عليه الصلاة والسلام عند امر يعاينه عن التغيير وسكوت البكر وسكوت الشفيع انتهى فبعد ذلك كيف يحتاج الى السؤال من المولى وكيف يحمل العاقل عدم سؤاله على حماقته وهل يكون النظائر لما عامله دون خلافه ثم اقول بقي شئ في تقرير صاحب العناية وهو انه جعل ضرر المولى غير معتبر لكونه غير متحقق بناء على ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه وجعل ضرر المسلمين معتبرا مع انه ايضا غير متحقق بناء على ان الديون قد يلحقه وقد لا يلحقه في الفرق والرجحان ولا بد من البيان ثم اقول في العناية فان قال قائل ان كان ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا اذا رأى اجنبيا يبيع من ماله فسكت لم يكن اذنا والمرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذنا واذا رأى رقيقه يزوج نفسه وسكت لم يكن اذنا فما الفرق اجيب بان الضرر في التصرف الذي رآه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه في الحال ولا كذلك وليس في ثبوت الاذن في غيره ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت اذنا بالنظر الى ضرر متوهم كونه اذنا بالنظر الى متحقق وهذا الجواب عن بيع الاجنبي ماله وفي الرهن لم يصر سكوته اذنا لان جعله اذنا يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد لا يصل الى يده من محل آخر فكان في ذلك ضرر محقق لا يقال الراهن ايضا يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن فترجيح ضرر المرتهن تحكم لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن اليد باق فكان اقوى واما الرقيق عبدا كان او امة اذا زوج نفسه فانما لم يصر السكوت فيه اذنا قال بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام لان السكوت انما يصير اذنا وجائزا دفعا للغرر ولا ضرر على احد في نكاح العبد والامة لان النكاح يكون موقوفا لان نكاح المملوك مملوك المولى لما فيه من اصلاح ملكه ومنافع البضع المملوكة لكن ليس لاحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفا وامكن فسخه فلا يتضرر به احد وقيل فيه نظر لانه لا كلام في ان نكاح الرقيق موقوف على اذن المولى واجازته وانما

وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر لهما ان الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه به كالمضارب ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فتثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه **قال** وان اذن له في شئ بعينه فليس بمأذون لانه استخدام ومعناه ان يأمره بشراء ثوب للكسوة او طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار مأذونا ينسد عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال ادّ الىّ الغلة كل شهر كذا او قال ادّ الىّ الفا وانت حر لانه طلب منه المال ولا يحصل الا بالكسب او قال له اقعد صباغا او قصارا لانه اذن بشراء ما لا بد منه في عمله وهو نوع فيصير مأذونا في الانواع **قال** واقرار المأذون بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق بين ما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته وان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة لانه كالمحجور في حقه **قال** وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة ولا يزوج مماليكه وقال ابو يوسف يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه اجارتها ولهما ان الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي **قال** ولا يكاتب لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا عنه وترجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير

في ان سكوته اجازة اولا ولعل الصواب ان يقال ان في ذلك ضررا متحققا للمولى فلا يكون السكوت اذنا الى هنا لفظ العناية وقال بعض الفضلاء وعندي ان النظر غير وارد لان كون السكوت اذنا كان لاجل دفع الضرر فحيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل اذنا انتهى اقول كانه لم يفهم مراد من اورد النظر اذ لا كلام في ان كون السكوت اذنا كان لاجل دفع الضرر وانما هو في ان نكاح الرقيق هل فيه ضرر ام لا اذ لا شك انه موقوف على اذن المولى فان كان سكوته اذنا تحقق الضرر فيه والا فلا فحيث احتمل ان يكون سكوته اذنا في صورة تزويج الرقيق نفسه لم يفد كون نكاحه موقوفا على اذنه عدم ثبوت الضرر فيها وان بنى عدم ثبوت الضرر فيها على عدم كون سكوته فيها اذنا لزم المصادرة اذ هو اول الكلام الذي طولب الفرق بينه وبين ما نحن فيه في اصل السوال وهذا هو المراد بقوله في النظر وانما هو في ان سكوته اجازة اولا تامل تقف **قوله** وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر من التجارة بعد ان اذن له في نوع مخصوص منها فالخلاف فيه كالخلاف فيما اذا سكت عن النهي عن التصرف في نوع آخر منها بعد ان اذن له في نوع مخصوص منها والحاصل انه سواء نهى عن ذلك النوع او سكت عنه يكون مأذونا في جميع التجارات خلافا لزفر رح والشافعي رح كما ذكر في الايضاح ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية قال صاحب العناية في هذا المقام وكذا لو كان اذن مأذونا عاما ثم نهاه عن نوع انتهى اقول هذا الشرح لا يطابق المشروح اذ المراد به ما قررناه آنفا يدل عليه لفظ آخر في قول المصنف رح اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر وياباه ذلك عما قاله صاحب العناية قطعا وكيف ومسئلة الاذن العام مرت مع متفرعاتها في الصحيفة الاولى ونحن الآن بصدد بيان مسئلة الاذن في نوع خاص فلا معنى لخلط حديث الاذن العام ههنا كما لا يخفى **قوله** ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بينا وعند ذلك يظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع اقول لقائل ان يقول ان اريد انه اسقاط الحق بجملته وفك الحجر برمته فهو ممنوع كيف ولو كان كذلك لصح هبته واقراضه ونحوهما من التبرعات وليس كذلك قطعا كما سياتي في الكتاب وان اريد انه اسقاط الحق وفك الحجر في بعض التصرفات فهو مسلم لكن لا يثبت به المدعى اذ لا يلزم منه اسقاطه وفكه في جميع التصرفات حتى يلزم ان يكون مأذونا له في جميعها كما هو المدعى فان قلت المراد انه اسقاط الحق وفك الحجر في بعض معين من التصرفات وهو جنس التجارة والمدعى كونه مأذونا له في جميع هذا الجنس لا في جميع انواع اجناس التصرفات فلا يرد النقض بالتبرعات ولا عدم ثبوت المدعى قلت فلقائل ان يقول ان اريد بقوله فلا يتخصص بنوع دون نوع انه لا يتخصص به لك اذا اطلقه ولم يقيده بنوع فهو مسلم لكن لا يجدي طائلا لان ما نحن فيه صورة التقييد وان اريد بذلك انه لا يتخصص بنوع دون نوع وان قيده بذلك فهو ممنوع كيف وها يتوقف تمامه على اول المسئلة وهو ان يكون الاذن في نوع من التجارة اذنا في جميعها فيؤدي الى المصادرة على المطلوب فان قلت علل صاحب العناية قول المصنف رح فلا يتخصص بنوع دون نوع بقوله لكون التخصيص اذ ذاك تصرفا في ملك الغير ان لو اطلق الاذن اولا فيحقق اسقاط الحق وفك الحجر على الاطلاق وظهر مالكية العبد في التجارات مطلقا ثم خصصه بنوع منها وما نحن فيه ليس كذلك اذ الكلام فيما اذا قيده اولا فقال مأذون لك في هذا النوع فقط ولا شك ان مثل هذا الكلام كلام واحد ليس لاوله حكم مستقل ولاخره الذي هو قيده حكم آخر بل المجموع حكم واحد يتم اوله بآخره فمن اين يلزم التصرف في ملك الغير تامل جدا ثم قال صاحب العناية ونوقض بالاذن في النكاح فانه فك الحجر واسقاط الحق واذا اذن للعبد ان يتزوج فلانة ليس له ان يتزوج غيرها واجيب بان الاذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير لان النكاح تصرف مملوك للمولى لانه لا يجوز الا بولي والرق اخرج العبد من اهلية الولاية على نفسه وكانت الولاية للمولى ولهذا جاز ان يجبره عليه وكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به فان قيل قد تقدم ان الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن وقد يتضرر المولى بتغيير ما خصه به من التصرف بجواز ان يكون العبد عالما بالتجارة في البز دون الخز اجيب بانه ضرر غير متحقق ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به حتى ان جواز التصرف بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة رحمه الله يدفع ذلك

قال ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق اولى ولا يقرض لانه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة **قال** الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف من يطعمه لانه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن ابي يوسف ان المحجور عليه اذا اعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا باس به بخلاف ما اذا اعطاه قوت شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا باس للمرأة ان تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة **قال** وله ان يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط انظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجارة ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه وله ان يؤجل في دين قد وجب لانه من عادة التجار **قال** وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يباع ويباع كسبه في دينه بالاجماع لهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان له وذلك في تعلق الدين بكسبه حتى اذا فضل شيء منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولنا ان الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه يصلح غرضا للمولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء ايفاء لحق الغرماء وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة وقوله في الكتاب وديونه المراد منه دين وجب بالتجارة او بما هو في معناها كالبيع والشراء والاجارة والاستئجار وضمان المغصوبات والودائع والامانات اذا جحدها وما يجب من العقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق به

وفي الجملة اذا ثبت بالدليل انه يتصرف باهليته ومالكيته فليس السوال واردا الى هنا كلامه اقول ان قوله وفي الجملة الى آخره ليس بشيء اما اولا فلان حاصل السوال انه قد يلحق الضرر بالمولى عند تصرف العبد لغير ما خصه به فينبغي ان لا يجوز ولا يخفى ان ثبوت كون العبد متصرفا باهليته ومالكيته لا يدفع ورود ذلك اذ لا تساوي المتصرف باهليته ومالكيته لا يملك الاضرار بالغير اذ لا اضرار في الاسلام واما ثانيا فلانه يرد السوال بطريق المعارضة على ما ثبت بالدليل لا محالة اذ لا يلزم ان ينسد باب المعارضة بالكلية لانها اقامة الدليل على خلاف ما اقام عليه الخصم الدليل مع انها طريق مقبول لم ينكره احد ولا شك ان السوال المزبور معارضة فالوجه في الجواب عنه ما ذكره في اوائل جوابه دون هذا **قوله** وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء اي يبيعه القاضي لدين الغرماء بغير رضى المولى فان قيل ما وجه البيع على قول ابي حنيفة رح وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل لسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير رضى مولاه حجر عليه اجيب بان ذلك ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضى الغرماء وحجر المحجور غير متصور وكان كالتركة المستغرقة بالدين في جواز ان يبيعها القاضي على الورثة اذا امتنعوا عن قضاء الدين فانه لا يعد حجرا لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضى الغرماء كذا في العناية وعامة الشروح وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى الذخيرة اقول في الجواب نظر لانه لا يحسم مادة الاشكال اذ للسائل ان يعيد الكلام الى كونه محجورا عن بيعه قبل ذلك فانه يقتضي الحجر على الحر العاقل لسبب الدين فيشكل على اصل ابي حنيفة رح ثم ان الفرق بينه وبين التركة المستغرقة بالدين ظاهر اذ لا يثبت الملك للورثة في التركة المستغرقة بالدين لان حق الغريم مقدم على حق الوارث ولهذا اذا اعتق الورثة عبدا من التركة المستغرقة بالدين لا ينفذ بخلاف العبد الماذون له فان ملك المولى فيه باق ولهذا ينفذ اعتاقه اياه وسياتي ذلك كله في الكتاب فسبب كون الورثة محجورين عن بيع التركة المستغرقة بالدين انما هو عدم كونها مملوكة لهم فلا ينتقض به اصل ابي حنيفة رح وهو ان لا يرى الحجر بسبب الدين واما كون المولى محجورا عن بيع عبده الماذون له فلا سبب له سوى الدين فيلزم ان ينتقض به اصله كما لا يخفى فتامل **قوله** الا ان يفديه المولى قال صاحب العناية وقوله الا ان يفديه المولى اشارة الى ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور انتهى اقول فيه بحث لان قوله الا ان يفديه المولى انما يشير الى ان عدم جواز البيع عند الفداء كما هو الحاصل من الاستثناء انما يتصور اذا كان المولى حاضرا بناء على ان اختيار الفداء من الغائب غير متصور واما ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا فما الاشارة في قوله المذكور اليه لان الفداء من المولى انما يتصور عند حضور المولى او نائبه واما عدم الفداء منه فكما يتصور عند حضور المولى او نائبه كذلك يتصور عند غيبتهما ايضا كما لا يخفى والبيع انما يجوز فيما اذا لم يقع الفداء من المولى كما هو الحاصل من الباقي بعد الثنيا في المسئلة المذكورة فلما تصور عدم الفداء في كل من صورتي الحضور والغيبة احتمل جواز البيع في كل من تينك الصورتين ايضا فمن اين حصلت الاشارة الى انحصار جوازه في صورة حضور المولى نعم البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا كما صرحوا به في الشروح وعامة المعتبرات حيث قالوا هذا اذا كان المولى حاضرا فاما اذا كان غائبا فانه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى فان الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضرته او بحضرة نائبه بخلاف الكسب فانه يباع بالدين وان كان المولى غائبا لان الخصم فيه هو العبد انتهى لكن الكلام في حصول الاشارة اليه في قول المصنف رح الا ان يفديه المولى كما ادعاه صاحب العناية تدبر **قوله** وهذا لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن قال صاحب العناية قوله وهذا اشارة الى دفع الضرر يعني ان سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض وهي داخلة تحت الاذن بلا خلاف فسببه داخل تحته واذا كان داخلا تحته كان ملتزما فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان اضرارا لان الكسب قد لا يوجد والعتق كذلك فيتوى حقوق الناس ثم قال ويجوز ان يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه في حق المولى انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان الاوجه هو الذي ذكره ثانيا بقوله ويجوز ان يكون بيانا الى آخره وان كان اسلوب تحريره يشعر بخلافه وذلك لان كون سبب الدين التجارة

قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع او دفعا للضرر عن المشتري ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له وله ان ياخذ غلة مثله بعد الدين لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم **قال** فان حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر الحجر بين اهل سوقه لانه لو انحجر لتضرر الناس به لتاخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر اهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لم ينحجر ولو بايعوه جاز وان بايعه الذي علم بحجره ولو حجر عليه في بيته بمحضر من اكثر اهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ويبقى العبد ماذونا الى ان يعلم بالحجر كالوكيل اذا لم يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضي به وانما يشترط الشيوع في الحجر اذا كان الاذن شائعا اما اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لانه لا ضرر فيه **قال** ولو مات المولى او جن او لحق بدار الحرب مرتدا صار الماذون محجورا عليه لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هذا هو الاصل فلا بد من قيام اهلية الاذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا باللحوق لانه موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته **قال** واذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي رح يبقى ماذونا لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه ماذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر

بكون التجارة داخلة تحت الاذن لا مدخل لخصوصية شيء منهما في حق تضرر الناس فانهم يتضررون بتوى حقوقهم سواء كان سبب الدين التجارة او غيرها كصداق امرأة تزوجها العبد الماذون بغير اذن المولى وسواء كانت التجارة تجارة داخلة تحت الاذن او تجارة غير داخلة تحته كما اذا لحق بالعبد المحجور دين بسبب التجارة واما في حق ظهور وجوب الدين في حق المولى فلخصوصية كل واحد منهما مدخل لا محالة فبالحمل على المعنى الاول لا يتم الفائدة والتقريب واما بالحمل على المعنى الثاني فيتم كل ذلك لان المانع عن تعلق الدين برقبة العبد المحجور كان لزوم ابطال حق المولى من غير رضاه واذا ظهر وجوب الدين في ذمة العبد الماذون في حق المولى بدخول سببه تحت اذن المولى زال ذلك المانع قطعا فتعلق الدين برقبته ومما يقرر المعنى الثاني تحرير صاحب الكافي دليلنا ههنا حيث قال ولنا ان هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى لانه وجب بسبب التجارة واذنه قد ظهر في حق التجارة فيباع رقبة العبد فيه كدين الاستهلاك دفعا للضرر عن الناس وكذا تحرير صاحب الغاية اياه حيث قال ولنا انه دين واجب على العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته قياسا على دين الاستهلاك اما وجوبه على العبد فظاهر واما ظهوره في حق المولى فلان سبب الدين هو التجارة باذن المولى فكان ظاهرا في حق المولى لا محالة واذا ظهر في حق المولى تعلق برقبته استيفاء كما في دين الاستهلاك بخلاف ما اذا اقر المحجور حيث تثبت الدين عليه ولا يظهر في حق المولى لعدم اذنه انتهى كلامه ثم ان بعض الفضلاء قال ههنا ولعل الاولى ان يكون قول المصنف رح وهذا اشارة الى تعلق الدين برقبته انتهى وكانه اخذ هذا المعنى مما ذكره صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل حيث قال قوله وهذا اي كون دين تجارته متعلقا برقبته باعتبار ان سببه التجارة وهي اي التجارة داخلة تحت الاذن انتهى اقول هذا الاحتمال ههنا ليس بشيء لان تعلق الدين برقبته اصل المدعى الذي وقع فيه الخلاف لزفر رح والشافعي رح ولو كفى في اثبات ذلك قوله لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن لكان باقي المقدمات المذكورة في دليلنا المزبور مستدركة ولا يخفى ان العمدة في اثبات مطلوبنا هذا انما هي قوله ظهر وجوبه في حق المولى فهو المحتاج الى البيان وتعلق الدين برقبته نتيجة متفرعة عليه ولذلك فرع عليه المصنف رح اياه بقوله فيتعلق برقبته فالوجه ان تكون كلمة هذا في قوله وهذا اشارة الى ظهور وجوب ذلك الدين في حق المولى لا غير وهذا كله يظهر بالتامل الصادق **قوله** ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة وان لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرماء فان بقي عليه شيء من ديونه اي ديون العبد طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة انتهى كلامه اقول في تقريره خلل فان ذكر قوله فان بقي عليه شيء من ديونه بطريق الشرطية سيما مع اداة التفريع بعد ان قال وان لم يكن بالثمن وفاء ليس بمستقيم لانه اذا لم يكن بالثمن وفاء تعين بقاء شيء من ديونه عليه فما معنى الشرطية وكان حق التحرير ان يقول فما بقي عليه شيء من ديونه طولب بعد الحرية فانه في موضعه اذ لم يتعين فيما قبله عدم وفاء الثمن بالديون بل انما ذكر مجرد تقسيم ثمنه بينهم بالحصص فاحتمل ان يكون بالثمن وفاء وان لا يكون فحسنت الشرطية واداة التفريع كما لا يخفى **قوله** لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ وقال صاحب العناية بعد قوله ولم يفرغ فكان ككسب غير متبرع انتهى اقول مدخل بحق مقام بما زاده فان التشبيه بكسب غير متبرع يشعر بكون التعليل المذكور في الكتاب مختصا بما يقبله العبد من المتبرع مع انه يعم تعلق دينه بكسبه وتعلقه بما يقبله من الهبة بجريانه في الصورتين معا بلا تفاوت كيف لو كان مخصوصا بصورة قبول الهبة لبقيت المسئلة الاولى وهي تعلق دينه بكسبه بلا ذكر دليل عليها مع كونها العمدة في المقام ولم يعهد مثله من المصنف رح **قوله** بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها اقول لقائل ان يقول اذا لم يكن للدلالة اعتبار عند وجود التصريح بخلافها ينبغي ان لا يصير الآبق محجورا في الابتداء

ن علیها

قال فإن ولدت المأذونة من مولاها فذلك حجر عليها خلافا لزفر رحمه الله وهو يعتبر البقاء بالابتداء ولنا أن الظاهر أنه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء لأن الصريح قاض على الدلالة ويضمن المولى قيمتها إن ركبتها ديون لإتلافه محلا تعلق به حق الغرماء إذ به يمتنع البيع وبه يقضي حقهم

قال وإذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي مأذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر إذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكميهما والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه في أم الولد **قال** فإذا حجر على المأذون فإقراره جائز فيما في يده من المال عند أبي حنيفة رحمه الله ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه أو يقر بدين عليه فيقضي مما في يده وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز إقراره لهما أن المصحح لإقراره إن كان هو الإذن فقد زال بالحجر وإن كان اليد فالحجر أبطلها لأن يد المحجور غير معتبرة وصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده قبل إقراره أو ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح إقراره في حق الرقبة بعد الحجر وله أن المصحح هو اليد ولهذا لا يصح إقرار المأذون فيما أخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته وإقراره دليل تحققها بخلاف ما إذا انتزعه المولى من يده قبل الإقرار لأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل بإقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل بإقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما إذا باعه لأن العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع

أيضا إذ قد وجد التصريح بالإذن من المولى بالابتداء وكانت دلالة الإباق على الحجر في البقاء مخالفة لذلك التصريح فينبغي أن لا يعتبر ثم أقول يمكن أن يجاب بأن وجود التصريح بالإذن في الابتداء لا يقتضي وجوده إلى حال الإباق فالمعلوم قطعا إنما هو وجوده في الابتداء وأما وجوده في البقاء فإنما يعرف باستصحاب الحال وهو حجة ضعيفة ولذلك تكون دافعة لا مثبتة فيجوز أن ترجح الدلالة عليها وعن هذا اعتبرت في البقاء دون الابتداء تأمل **قوله** لهما أن المصحح لإقراره إن كان الإذن فقد زال بالحجر وإن كان اليد فالحجر أبطلها لأن يد المحجور غير معتبرة قال صاحب النهاية فإن قلت يشكل على هذا ما ذكره في وديعة المبسوط بقوله عبد استودع رجلا وديعة ثم غاب لم يكن لمولاه أن يأخذ الوديعة تاجرا كان العبد أو محجورا عليه فلو لم يكن ليد المحجور اعتبار لما اشترط حضرته بل جعل ما أودعه بمنزلة ثوب هبت به الريح وألقته في حجر رجل لأن فائدة عدم اعتبار اليد هي أن يكون وجودها وعدمها بمنزلة ولم يجعل كذلك فعلم بهذا أن ليده اعتبارا وإن كان محجورا والدليل على هذا ما ذكره الإمام الأسترُوشني في وديعة أحكام الصغار في تعليل هذه المسألة فقال لأن العبد آدمي له يد حكمية فلا يكون لمولاه أن يأخذه من المودع إلا بحضرة العبد قلت تلك المسألة مؤولة ذكر تأويلها في الفصل السادس عشر من وديعة الذخيرة فقال وهذا إذا لم يعلم المودع أن الوديعة كسب العبد وأما إذا علم أنه كسبه فللمولى حق الأخذ وكذلك إذا لم يعلم أنها كسب العبد ولكن علم أنها مال المولى كان للمولى أن يأخذ إلى هنا كلام صاحب النهاية وقد اقتفى أثره صاحب العناية في ذكر هذا السؤال والجواب لكن بعبارة أخرى أخصر من الأولى أقول ذاك الجواب لا يسمن ولا يغني من جوع فإن تأويل تلك المسألة بما ذكر مع كونه مما يأباه قطعا ما ذكره الإمام الأسترُوشني في وديعة أحكام الصغار في تعليل تلك المسألة بما مر في آخر السؤال لا يجدي نفعا في دفع الإشكال الناشئ من المقدمة القائلة إن يد المحجور غير معتبرة إذ قد تقرر بعد ذلك التأويل أن في صورة أن لا يعلم المودع أن الوديعة التي أودعها العبد المحجور كسب ذلك العبد أو مال مولاه ليس للمولى أن يأخذها بل إنما يأخذها ذلك العبد فقد تحقق أن يكون للمحجور يد معتبرة في بعض الصور فلم يكن في تلك المقدمة كلية وما لم يكن فيها كلية لا يثبت مدعى الإمامين في مسألتنا فلا يتم التقريب لا يقال يجوز أن يكون المراد بقولهما في التعليل لأن يد المحجور غير معتبرة أن يده غير معتبرة في شيء من الصور المندرجة تحت مسألتنا هذه وهذا القدر من الكلية يكفي في إثبات مدعاهما ههنا لأنا نقول هذا القدر من الكلية أيضا غير متحقق لأن من الصور المندرجة تحت مسألتنا هذه إقراره بعد الحجر بأن ما في يده أمانة لغيره ففي هذه الصورة إذا لم يعلم أن ما في يده كسبه أو مال مولاه فلا جرم يكون يده إذ ذاك معتبرة على مقتضى ما مر من مسألة المبسوط وتقرر بعد تأويلها ومن تلك الصور أيضا إقراره بعد الحجر بأن ما في يده غصب من غيره ففي هذه الصورة أيضا إذا لم يعلم أنه كسبه أو مال مولاه يكون يده معتبرة على مقتضى ذلك إن لم يكن عين المغصوب متغيرا بفعله بأن لم يزل اسمه وعظم منافعه إذ لا يزول عنه حينئذ ملك المغصوب منه كما يجيء في كتاب الغصب فلا يتصور أن يكون من كسب ذي اليد تدبر تفهم **قوله** فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك قال في العناية يعني به الإذن فإنه ثبت للعبد بحكم أنه ملك المولى وقد زال ذلك الملك انتهى وعلى هذا المعنى استخراج سائر الشراح أيضا هذا المحل وإن اختلفت عباراتهم منها ما ذكره صاحب الغاية فإنه قال أي لا يبقى للعبد المأذون بعد بيعه ما ثبت له من الإذن قبل البيع بحكم أنه ملك المولى فلا جرم لم يصح إقراره بما في يده بعد البيع لعدم بقاء الإذن انتهى أقول فيه نظر لأن عدم بقاء الإذن متقرر فيما نحن فيه أيضا وهو ما إذا حجر المولى على المأذون له بدون أن يبيعه والمصنف رحمه الله ههنا بصدد الفرق من قبل أبي حنيفة رحمه الله بين ما نحن فيه وبين ما إذا باعه فلو كان مراده بما ثبت بحكم الملك في قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك هو الإذن لما كان لذكر هذه المقدمة أعني قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك فائدة ههنا أصلا لعدم اختصاص عدم بقاء الإذن بما إذا باعه دون ما نحن فيه فيلزم

قال وإذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند ابي حنيفة رح وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة ولهذا يملك اعتاقه ووطي الجارية الماذون لها وهذا آية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث والنظر في ضده عند احاطة الدين بتركته اما ملك المولى ما ثبت نظرا للعبد وله ان الملك للمولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريعته واذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به قال وان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه في قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا عنده لانه لا يعرى عن قليله فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه قال وان باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين يحيط بكسبه وان باعه بنقصان لم يجز لانه متهم في حقه بخلاف ما اذا حابى الاجنبي عند ابي حنيفة رح لانه لا تهمة فيه

ان يكون قوله المذكور لغوا من الكلام ولا ينبغي ذلك لمثل المصنف رح والوجه عندي ان يكون مراده بما ثبت بحكم الملك في قوله المزبور يده الحكمية كما هو المناسب لقوله فيما قبل واليد باقية حقيقة وشرط لبطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته ولما كان تبدل الملك فيما اذا باعه بمنزلة تبدل الذات لم يبق ما ثبت بحكم الملك الاول من يده الحكمية بخلاف ما نحن فيه فان اليد فيه باقية حقيقة وحكما ما لم تفرغ عن حاجته وعلى هذا المعنى تظهر فائدة الاتيان بالمقدمة المذكورة فتامل وكن الحاكم الفيصل قوله واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته الى آخره قال في العناية اذا لزمته ديون فلا يخلو اما ان تحيط بماله ورقبته او لا تحيط بشيء من ذلك او احاطت بماله دون رقبته فالاول كما اذا اذن للعبد فاشترى عبدا يساوي الفا والماذون ايضا يساوي الفا وعليه الفا درهم والثاني ان يكون عليه خمسمائة درهم والثالث ان يكون عليه الف درهم انتهى اقول لقائل ان يقول هذه القسمة ليست بحاصرة اذ ههنا احتمال قسم رابع وهو ان يحيط برقبته دون ماله على عكس القسم الثالث فالجواب انه قد تقرر فيما مر انه يبدأ بكسب الماذون الديون في الاستيفاء وعند انعدام كسبه يستوفى من رقبته فعلم منه ان تعلق الدين بكسبه كان مقدما على تعلقه برقبته فلم يتصور في الشرع ان تحيط ديونه برقبته دون ماله الذي هو كسبه فكانت الاقسام التي يمكن تحققها في الشرع منحصرة في الثلثة فيما اذا لزمته ديون ولهذا لم يلتفت الى قسم آخر هو احتمال عقلي محض المحقق في الشرع قوله ان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه في قولهم جميعا الظاهر ان مراده اذا لم يكن الدين محيطا بماله ورقبته جاز عتقه في قولهم جميعا كما صرح به في الكافي وسائر الكتب المعتبرة الا انه اكتفى بذكر قوله بماله ولم يذكر ورقبته بناء على ما ذكرناه آنفا من ان تعلق الديون بكسبه مقدم على تعلقها برقبته فاذا لم يحط الديون بماله تعين عدم احاطتها برقبته فلم يحتج الى ذكر الثاني بعد ذكر الاول وما وقع في عامة الكتب فمن قبيل التصريح بما علم التزاما بمجرد الاحتياط ثم اعلم ان هذا الذي ذكره المصنف رح ههنا هو حكم القسم الثاني من الاقسام الثلثة المار ذكرها في التقسيم الذي نقلناه عن العناية فيما قبل وحكم القسم الاول منها ما ذكر في الكتاب من قبل بقوله واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند ابي حنيفة رح وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته واما حكم القسم الثالث منها فلم يذكر في الكتاب قط وعن هذا قال صاحب العناية واما الثالث فلم يذكره في الكتاب ونقل بعض الشارحين عن بيوع الجامع الصغير ان العتق فيه جائز انتهى واراد ببعض الشارحين صاحب غاية البيان فانه قال في بيوع الجامع الصغير محمد رح عن يعقوب عن ابي حنيفة رح في رجل اذن لعبده في التجارة فاشترى عبدا يساوي الفا وهو يساوي الفا وعلى الاول الف درهم دين فاعتق المولى العبد المشتري فعتقه جائز وان كان الدين الفي درهم مثل قيمتهما لم يجز عتقه وقال ابو يوسف رح ومحمد رح عتقه جائز في الوجهين جميعا انتهى اقول في جواز عتقه عند ابي حنيفة رح في الوجه الاول من هذين الوجهين المذكورين في بيوع الجامع الصغير وهو القسم الثالث من الاقسام المار ذكرها اشكال على مقتضى دليله المذكور في الكتاب لاثبات مذهبه في القسم الخلافي الذي ذكره في الكتاب اولا وفي الجامع الصغير ثانيا فان حاصل ذلك الدليل ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته والمال الذي احاط به الدين مشغول بحاجته فلا يخلفه فيه فلا يثبت فيه الملك واذا لم يثبت فيه الملك لم يجز اعتاقه ولا يخفى ان جميع مقدمات ذلك الدليل جارية بعينها فيما اذا احاط الديون بكسبه دون رقبته فينبغي ان لا يجوز اعتاقه فيه ايضا قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين اقول في هذا التعليل نظر وهو ان الظاهر ان جواب هذه المسئلة باتفاق اصحابنا كما يدل عليه عدم ذكر الخلاف في الكتاب وقد صرح به في غاية البيان حيث قال علم ان العبد الماذون المديون اذا باع من مولاه شيئا بمثل قيمته جاز باتفاق اصحابنا جميعا انتهى وكونه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين غير ظاهر على اصل ابي يوسف رح ومحمد رح اذ عندهما في المسئلة الاولى ان المولى يملك ما في يد العبد الماذون ولو احاط ديونه بماله ورقبته ولهذا لو اعتق من كسبه عبدا يعتق عندهما فكيف يتم القول بان المولى كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على اصلهما حتى يتمشى التعليل المذكور على قولهم جميعا فليتامل في التوجيه

بخلاف ما اذا باع المريض من وارثه بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم الاستخلاص

بأداء قيمته اما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقالا ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة وان شاء نقض

البيع وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجه ذلك ان الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع

الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر به

قوله بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده قال صاحب النهاية وهذا الخلاف متعلق باول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف انتهى ورد عليه صاحب العناية حيث قال بعد نقل ذلك عنه وليس بصحيح لانه معطوف بلا معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو انتهى اقول بل قوله لانه معطوف بلا معطوف عليه ليس بصحيح فانه معطوف حينئذ على قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي عند ابي حنيفة رح على ان يكون معنى الكلام وها تان المسئلتان اعني قول القدوري واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز وقوله وان باعه بنقصان لم يجز ملابستان بخلاف ما اذا حابى الاجنبي وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لكن على التوزيع بطريق اللف والنشر الغير المرتب اى المسئلة الثانية ملابسة بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لا ان كلتا المسئلتين ملابستان بكلا الخلافين فاذن تحقق المعطوف عليه وصح المعنى كما لا يخفى ثم ان في تصحيح العطف على تقدير الواو توجيه آخر اشار اليه صاحب معراج الدراية حيث قال قوله وبخلاف ما اذا باع المريض متعلق باول المسئلة وعطف على قوله وان باعه بنقصان لم يجز من حيث المعنى لتقدير الكلام وان باع من المولى بمثل قيمته جاز بخلاف ما اذا باع بالنقصان حيث لم يجز وبخلاف ما اذا باع المريض هذا على ثبوت الواو في قوله وبخلاف انتهى والعجب ان صاحب العناية وان لم يطلع على ما ذكرناه اولا من التوجيه الوجيه الا ان الظاهر انه قد رأى توجيه صاحب معراج الدراية ومع ذلك جزم بانه معطوف بلا معطوف عليه بدون ان يبين الفساد في توجيه صاحب معراج الدراية نعم في توجيهه تمحل لا يخفى ولكن لا يخفى ايضا انه ليس بابعد مما اختاره صاحب العناية نفسه حيث قال الى ظاهر عدم الواو وجعله متعلقا باول المسئلة وفي كلامه تعقيد الى آخر ما ذكره كما سيأتي نقله وبيان حاله وقال صاحب النهاية بعد كلامه السابق ويجوز ان يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي اى انه يجوز في كل حال يعني اذا كانت المحاباة يسيرة او فاحشة او كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند ابي حنيفة رح في كل حال من هذه الاحوال وهذا اوجه ولكن النسخة بالواو ثابتة انتهى كلامه ورد عليه صاحب العناية كلامه هذا ايضا حيث قال بعد نقله ايضا عنه قلت ذلك اوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم من قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي جواز المحاباة معه مطلقا ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة اشكالا عليه حتى يحتاج الى الجواب انتهى اقول ليس هذا ايضا بوارد لانه كما يفهم من قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي جواز المحاباة معه مطلقا كذلك يفهم منه جواز بيعه منه بمثل القيمة غير ان الاول مفهوم بالعبارة والثاني مفهوم بالدلالة لانه اذا جاز المحاباة معه فلان جاز البيع منه بمثل القيمة اولى كما لا يخفى وعن هذا قال صاحب النهاية في تفسير قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي اى انه يجوز في كل حال اعني اذا كانت المحاباة يسيرة او فاحشة او كان البيع بمثل القيمة فاذن توجهت لما انه بالفرق بين بيع العبد من الاجنبي وبين بيع المريض من الوارث حيث جاز الاول دون الثاني مع ان في كل منهما تعلق حق الغير بالمبيع فاحتاج الى الجواب عنها بقوله بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه يعني انه لا يجوز عنده بيع المريض من الوارث بمثل قيمة المبيع بناء على تعلق حق الغير بعينه فكيف يجوز بيعه منه بالمحاباة وحينئذ يسلك بهذا ايضا مسلك الدلالة فلا محذور في ترك الواو من حيث المعنى على ان يجعل قوله المذكور متعلقا بحكم قوله المتصل به وقال تاج الشريعة قالت ينبغي ان يلحق بالمسئلة بلا واو لانه اول مسئلة يورد نقضا على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي لانه لبيان الفرق بين ما اذا باع من المولى بنقصان لم يجز وبيع الاجنبي جاز وانما ادخل الواو فيه لئلا يتوهم انه نقض على بيع المريض من الاجنبي بالمحاباة فادخل الواو ليقع هذا الوهم انتهى اقول ليس هذا بسديد اما اولا فلان قوله لانه اول مسئلة يورد نقضا على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي لانه لبيان الفرق بين ما اذا باعه من المولى بنقصان لم يجز وبيع الاجنبي جاز كلام خال عن التحصيل لان مسئلة الكتاب ههنا اثنتان اولاهما قوله واذا باع من المولى

لان البيع باليسير مما يتردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لانعدامها

بخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز اصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز

من العبد المأذون على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن في البيع مع الاجنبي وهو اذن بمباشرته بنفسه غير ان ازالة المحاباة لحق الغرماء وهذا الفرق على اصلهما

شيئا بمثل قيمته جاز واخر بها قوله وان باعه بنقصان لم يجز فكما ان قوله بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لدفع توهم انتقاض المسئلة الاولى بمسئلة بيع المريض الوارث بمثل القيمة كذلك قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي لدفع توهم انتقاض المسئلة الاخرى بمسئلة محاباة المأذون مع الاجنبي وكما ان قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي لبيان الفرق بين اذا باع المأذون من مولاه شيئا بنقصان وبين ما اذا باعه من الاجنبي بنقصان كذلك قوله بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لبيان الفرق بين ما اذا باع المأذون من مولاه شيئا بمثل قيمته وبين ما اذا باعه المريض من وارثه بمثل قيمته فان اراد تابع الشارح بقوله المذكور ان الاولى من المسئلتين المذكورتين مسئلة الكتاب اي مختصر القدوري دون الاخرى منهما فليس بصحيح اذ كلتاهما مسئلتان مذكورتان معا في مختصر القدوري وان اراد بذلك انهما وان كانتا معا مسئلتي الكتاب الا ان قوله وبخلاف ما اذا باع المريض الى آخره لدفع توهم الانتقاض دون قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي فانه لبيان الفرق فليس بصحيح ايضا لان دفع توهم الانتقاض انما يكون ببيان الفرق فقط وما عداهما يستلزم قصد الآخر على انه لا تأثير لهذا المعنى في اتيان المسئلة بالواو كما لا يخفى على الفطن فلا يثبت به مدعاه وان اراد به ان قوله وبخلاف ما اذا باع المريض متعلق بالاولى من مسئلتي الكتاب وقوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي متعلق باخرهما فلا معنى للواو فيما يتعلق بالاولى قلنا قد تقرر في علم الادب ان الواو لمطلق الجمع لا ترتيب فيهما فما يحولها لا يقتضي التاخر لا في الوقوع ولا في التعلق فلا محذور في اتيان الواو وههنا اصلا واما ثانيا فلان قوله وانما دخل الواو فيه لئلا يتوهم انه نقض على بيع المريض من الاجنبي بالمحاباة فادخل الواو لدفع هذا الوهم ليس بتام ايضا لانه ان كان الواو فيه للعطف كما هو الظاهر المتبادر فان كان المحل صالحا للعطف فما معنى قوله من قبل ينبغي ان يأتي بالمسئلة بلا واو لانه اولى بان لا يورده نقضا على مسئلة الكتاب وان لم يكن صالحا له فكيف يصح ادخال واو العطف فيما لا يصلح للعطف بمجرد دفع توهم وان لم يكن الواو للعطف فمن اين يندفع ذلك التوهم ثم قال صاحب العناية والظاهر عدم الواو ويجعله متعلقا باول المسئلة في كلامه تعقيب وتقدير كلامه هكذا وان باع من المولى شيئا بمثل القيمة جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه اي بعين مال الميت حتى لو كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا اي المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكر قوله وان باع بنقصان لم يجز الى آخره انتهى كلامه اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان حمل الظاهر ههنا عدم الواو وبناه على حمل كلام المصنف على مثل هذا التقديم القبيح عدول عن سنن الصواب وخروج عن دائرة الانصاف ولعل هذا اقبح الاحتمالات المذكورة في حل هذا المحل ثم ان في تقريره خللا آخر فانه قال في تفسير قول المصنف فافترقا اي المولى والمريض وكان الصواب ان يقول اي العبد والمريض كما لا يخفى على المتامل والعجب انه قال بعد ذلك في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث فيؤول المعنى على هذا الى ان يقال في جواز بيع المولى من المولى دون جواز بيع المريض من الوارث ولا يخفى ما فيه من الخلل

وان باعه المولى وعليه دين محيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشتري قال الشراح انما قيد بسبب ضمان كل واحد من البائع والمشتري بما ذكر من التسليم والتغييب ولم يكتف بمجرد البيع والشراء لانهما لا يضمنان بمجردهما بل بتغييب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه ويبيعونه كما مر بيعه ودون ذلك انما يفوت بالتسليم والتغييب لا بمجرد البيع والشراء انتهى اقول لقائل ان يقول فاذن ينبغي ان يكون الضمان في مسئلة الكتاب على المشتري فقط لان تغييب العبد الذي فيه حق الغرماء انما تحقق منه دون البائع ولولا التغييب لامكن لهم ان يردوا البيع فيستسعون العبد او يبيعونه فلا ضمان حينئذ على احد كما مر في المسئلة الآتية فان قلت تغييب ذلك العبد وان وقع من المشتري لكن البائع الاان في البائع ايضا سببية لذلك لانه بتسليمه اياه مهد للمشتري قلت نعم الا ان سببية ذلك بعيدة وقد تقرر عندهم مرارا ان الحكم يضاف الى اقرب الاسباب فتامل ثم ان صاحب العناية قال ولكن التقي بفي وهو انهم لم يكن في بيع العبد

[illegible]

والمولى قد منع حقهم منه فلا يجب عليه الضمان كما قدمنا اذا باع التركة بغير اذن الغرماء واجيب عن ذلك بان حقهم لم يتعلق بالعين بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع و حق الغرماء منحصر في بيع التركة فافترقا انتهى كلامه اقول لا يتجه السؤال المذكور على مسئلتنا هذه اصلا لان وضعها فيما اذا كان ثمن العبد اقل من قيمته واما اذا كان ثمنه اكثر من قيمته او مساويا لها فلا يثبت للغرماء الخيار بين الاشياء الثلثة المذكورة في هذه المسئلة بل يتعين لهم حينئذ اجازة البيع واخذ الثمن اذ لا فائدة في التضمين وقد صرح بذلك كثير من الثقات منهم تاج الشريعة حيث قال وهذا الخيار اذا كان الثمن اقل من القيمة اما اذا كان اكثر او مساويا فلا خيار لهم ومنهم صاحب العناية حيث قال بعد ذكر تمام المسئلة وبيان انه لفظ محمد في الجامع الصغير هذا اذا باعه باقل من قيمته فاما اذا باعه بقيمته او باكثر من قيمته وقبض وهو في يده فلا فائدة في التضمين ولكن يدفع الثمن اليهم انتهى فاذا كانت مسئلتنا هذه فيما اذا كان ثمن العبد الذي باعه المولى به اقل من قيمته لم يتجه ان يقال ان حقهم كان في بيع العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان لان حقهم كان في بيع العبد بقيمته والمولى قد باعه باقل منها فقد قصر وتعدى فوجب عليه الضمان قطعا ثم اقول في الجواب المذكور نظر لان حاصله ان سبب وجوب الضمان على المولى تفويته حق الاستسعاء للغرماء ببيعه العبد ومقتضى هذا ان يجب على المولى ضمان الديون بالتمام دون زيادة قيمة العبد فقط لانه كان لهم ان يستسعوا العبد في جميع ديونه لهم لا في مقدار قيمته فقط وقد فات بالبيع والتغييب حق الاستسعاء بالكلية فينبغي ان يضمن البائع والمشتري جميع ما فوتاه وهو جميع ما يمكن استيفاؤه بالاستسعاء من الديون ولم يقل به احد وانما الذي قالوا به ان يجب عليهما ضمان مقدار قيمة العبد لا غير فتدبر **قوله**

قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم قال صاحب النهاية في هذا اللفظ نوع نظر اذ كان من حقه ان يقال وتاويله اذا باع بثمن لا يفي بديونهم كما هو المذكور في باب جناية العبد من كتاب الجامع الكبير لفخر الاسلام وما ذكر في الجامع الصغير لقاضي خان والذخيرة وذلك لانه اذا لم يكن في البيع محاباة ولكن الثمن اذا كان لا يفي بديونهم كان لهم ان يردوا البيع لفوات حقهم في الاستيفاء فيما بقي من ديونهم على العبد وبما ذكر في الكتاب لا يحصل هذا المعنى وانسداد باب الرد لهم لانه يحتمل ان لا يفي الثمن بديونهم وان لم يكن في البيع محاباة فيبقى لهم ولاية الرد لاستيفاء باقي الديون اللهم الا ان يريد بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع رضاء الغرماء باخذهم الثمن فانهم لما اخذوا الثمن كانوا راضين بالبيع فينسد حينئذ باب الرد ولكن احتمال ارادة احضار الثمن وبالتخلية بينهم وبين الثمن بلفظ الوصول باق فلا ينتقض ذلك اللفظ ايضا بيانا لانسداد باب الرد لهم من كل وجه وكان المقبول ما ذكره الامام قاضي خان في جامعه بقوله وتاويله اذا باع بثمن لا يفي بديونهم لانه كان لهم حق الاستسعاء الى ان يصل اليهم ديونهم وبعد البيع لا يمكنهم الاستسعاء في ملك المشتري فكان لهم ان ينقضوا البيع ولو كان بالثمن وفاء بديونهم لا يكون لهم ولاية نقض البيع الى هنا كلام صاحب النهاية وقد نقله صاحب معراج الدراية بعين عبارته واما صاحب العناية فنقله بطريق الاحتمال واورد النظر على الجواب حيث قال قيل في عبارته تسامح لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم نفي الرد لجواز ان يصل اليهم الثمن مع المحاباة في البيع لكن لا يفي الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد للاستسعاء في الديون واجيب بانهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة في البيع فانهم اذا قبضوا الثمن رضوا بسقوط حقهم وان كان فيه محاباة الى هنا كلامه اقول اولا في الجواب المذكور نظر آخر وهو انه لو كان مراد المصنف بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع ما ذكر في ذلك الجواب لما تم تعليله بقوله لوصول حقهم اليهم فانه اذا لم يكن في الثمن وفاء بديونهم لم يصل اليهم حقهم بالتمام ووصول البعض حقهم اليهم لم يفد شيئا في نفي ردهم البيع كما يتبين في السؤال بل كان حق التعليل حينئذ ان يقال لرضاهم بسقوط حقهم واقول ثانيا يمكن الجواب عن النظر الذي اورده صاحب العناية بان فائدة قوله ولا محاباة في البيع حينئذ هي ان لهم ان يقولوا في صورة المحاباة انما قبضنا الثمن على اعتقاد ان لا محاباة في البيع فاذا علمنا المحاباة فيه لا نرضى بها بل نرد البيع فيبيع العبد بتمام القيمة بخلاف ما اذا لم يكن في البيع محاباة فانه لا يتمشى فيه ذلك العذر فافترقا ثم قال صاحب العناية

قال ومن قدم مصرا فقال انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جائز اذ الظاهر ان المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه فان حضر فقال هو ماذون بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله لانه متمسك بالاصل

فصل واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد الماذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى ببقائه ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة فصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلوة لانه لا يقام بالولي وكذا الوصية على اصله فتحققت الضرورة الى تنفيذه منه اما البيع والشراء يتولاه الولي فلا ضرورة ههنا ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافيات

ولعل الصواب ان يقال قوله والمحاباة في البيع معناه ان الثمن يفي بديونهم بدليل قولهم والثاني ناقص مجمل فانه انما يكون ناقصا اذا لم يف بالديون انتهى اقول وفيه نظر اما اولا فلانه لو كان معنى قولهم المحاباة في البيع ان الثمن يفي بديونهم لذهب فائدة قوله اذا لم يصل اليهم الثمن في قوله وتاويله اذا لم يصل اليهم الثمن اذ لا شك ان الثمن اذا كان يفي بديونهم لم يكن لهم ان يردوا البيع سواء وصل اليهم الثمن او لم يصل اذ لا يبقى لهم حينئذ حق الاستسعاء بل يتعين حق الاستيفاء من قيمته فلا يتصور فائدة في الرد فلا يثبت لهم الخيرة واما ثانيا فلان معنى انتفاء المحاباة في البيع ليس عين معنى وفاء الثمن بديونهم وهو ظاهر ولا احدهما يستلزم الآخر اصلا لجواز ان ينتفي المحاباة في البيع ولا يفي الثمن بديونهم وجواز ان يفي الثمن بديونهم ولا ينتفي المحاباة فلم يصح ان يكون معنى قوله والمحاباة في البيع ان الثمن يفي بديونهم لا بحسب الحقيقة وهو ظاهر ولا بحسب التجوز والكناية لعدم العلاقة المصححة لذلك بينهما **قوله** ومن قدم مصرا وقال انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جائز قال في النهاية اي فتصرفه دليل على انه ماذون في التجارة وقال ان الذي ذكره جواب الاستحسان واما جواب القياس فان لا يقبل قوله لانه اخبر عن شيئين احدهما اخبر انه مملوك وهذا اقرار على نفسه والثاني اخبر انه ماذون في التجارة وهذا اقرار على المولى واقراره عليه لا يصح واما وجه الاستحسان فما ذكره في الكتاب انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في شرح هذا المقام اثر ذلك اقول تحرير هذا المحل على هذا المنوال لا يخلو عن نوع اختلال فان قولهما في تقرير وجه القياس والثاني اخبر انه ماذون في التجارة وهذا اقرار على المولى غير متمش في احد شقي هذه المسئلة وهو ما اذا لم يخبر بالاذن اذ لا اخبار من العبد في هذه الصورة فلا اقرار على المولى فيها وما جعل الاخبار في قولهما والثاني اخبر انه ماذون في التجارة اعم من الاخبار الحقيقي والحكمي وادعاء ان في ذلك الشق اخبارا حكميا عن كونه ماذونا وهو تصرفه تصرف الماذون فتمحل جدا كما لا يخفى فالاولى ههنا تحرير صاحب الكافي فانه جعل هذه المسئلة على وجهين وذكر لكل واحد منهما وجه قياس ووجه استحسان على الاستقلال حيث قال هذه المسئلة على وجهين احدهما ان يخبر ان مولاه اذن له فيصدق استحسانا عدلا كان او غير عدل والقياس ان لا يصدق لانه مجرد دعوى منه فلا يصدق الا بحجة لقوله عليه السلام البينة على المدعي ووجه الاستحسان ان الناس تعاملوا ذلك واجماع المسلمين حجة يخص بها الاثر ويترك بها القياس والنظر ولان في ذلك ضرورة وبلوى فان الاذن لا بد منه لصحة تصرفه واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن والاصل ان ما ضاق على الناس امره اتسع حكمه وما عمت بليته سقطت قضيته وثانيهما ان يبيع ويشتري ولا يخبر بشيء والقياس فيه ان لا يثبت الاذن لان السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت لان الظاهر انه ماذون لان امور المسلمين محمولة على الصلاح ما امكن ولا يثبت الجواز الا بالاذن فوجب ان يحمل عليه والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات دفعا للضرر عن الناس والقياس ان يشترط عدالة المخبر لان الحجة خبر العدل وفي الاستحسان لا يشترط للضرورة والبلوى الى هنا كلامه واقتفى اثره صاحب معراج الدراية في شرح هذا الكتاب والامام الزيلعي في شرح الكنز **قوله** الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه اقول لقائل ان يقول ان اراد بقوله لانها خالص حق المولى انه ليس فيها حق العبد ولا حق الغرماء فهو ممنوع اذ قد تقرر فيما مر ان حق الغرماء يتعلق برقبة العبد الماذون حتى كان لهم ان يبيعوه لاستيفاء ديونهم الا ان يفدي المولى ديونهم وان اراد بذلك انه ليس فيها حق العبد كما هو المتبادر من قوله بخلاف الكسب لانه حق العبد فهو مسلم لكن لا يتم به التعليل حينئذ على ان لا يقبل قوله في الرقبة اصلا لانه لا يمنع ان يقبل قوله فيها لتعلق حق الغرماء بها كما يقبل قوله في ثبوت الاذن له ولزوم كل شيء من التجارة لئلا يضيق الامر على الناس فليتامل والاظهر في تعليل قوله لا يقبل قوله في الرقبة اي في حق بيع الرقبة ان يقال لان بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن في التجارة الا ترى انه اذا اذن المدبر وام الولد ولحقهما الدين لا يباعان وهما ماذونان لهما كما ذكر في النهاية وغيرها

فصل لما فرغ عن بيان احكام اذن العبد في التجارة شرع في بيان احكام اذن الصبي والمعتوه وقدم الاول لكثرة وقوعه **قوله** واذا اذن

والصبي بسبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاة والشرط ان يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد المأذون يفيد ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر والمأذون يتصرف باهلية نفسه عبدا كان او صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير مأذونا بالسكوت كما في العبد

ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع حتى ينفذ تصرفه اقول كان الظاهر ان يقول في جواب المسئلة فهو في التجارة كالعبد المأذون ليطابق ما قبله من قوله في التجارة ويعم غير البيع والشراء من سائر اسباب التجارات لنفوذ تصرفه في سائرها ايضا عندنا وكانه قصد للاكتفاء بذكر البيع والشراء لكونهما من اصول اسباب التجارات الا انه اثر اللفظ الكثير على اللفظ القليل مع كون الثاني اعم واظهر في افادة تمام المراد وهذا في عبارة مختصر القدوري ثم ان في كلام المصنف رح من جهة اخرى حيث قصر في البداية على قوله اذا كان يعقل البيع والشراء وسكت ذكر في الهداية البيع فهو مزيد على عبارة المختصر لان يعقل البيع فقط غير كاف في كونه كالعبد المأذون نافذ التصرف في باب التجارة بل لا بد من ان يعقل الشراء ايضا بان يعرف ان البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش كما صرح به **قوله** والصبي بسبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي هذا جواب عن قول الشافعي رح لان حجره لصباه فيبقى ببقائه تقريره ان الصبي بسبب الحجر لعدم هداية الصبي في امور التجارة لا لذاته فصار هو كالعبد في كون حجره لغيره فاذا اذن له المولى زال ذلك الغير لان ذلك يدل بناء على ثبوت هدايته في امور التجارة اذ لو لم يكن هاديا فيها لما اذن له الولي فينفذ تصرفه كما لو اذن المولى للعبد كذا في الشروح اقول يرد على ظاهر هذا الجواب ان يقال لو كان الامر كذلك لنفذ تصرف الصبي بدون اذن الولي اذا علم هدايته في امور التجارة بدليل من الدلائل غير اذن الولي لحصول العلم اذ ذاك ايضا بزوال ذلك الغير الذي حجر الصبي بسببه وهو عدم الهداية مع ان المفهوم من الكتب عدم نفاذ تصرفه بغير اذن الولي اصلا فيما هو دائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء ونحوهما فتامل **قوله** وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال قال صاحب العناية وقوله وبقاء ولايته جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالاذن لم يبق الولي وليا وتقريره ان بقاء ولايته بعد ذلك لامر بين للنظر له فان الصبي من اسباب المرحمة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين اي بمباشرة وليه او بمباشرة نفسه فكان مرحمة في حقه فوجب اعتباره ولاحتمال تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل ان يتبدل من الهداية الى غيرها فيبقينا ولاية الولي ليتدارك ذلك انتهى كلامه اقول في تقريره شيء اما اولا فلان قوله وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض غير مسلم لان الكلام في التصرف الدائر بين النفع والضرر فان تصرفه الذي هو نافع محض كقبول الهبة والصدقة ينفذ بغير اذن الولي ايضا وتصرفه الذي هو ضار محض كالطلاق والعتاق لا ينفذ باذن الولي ايضا وانما الذي يتوقف نفاذه على اذن الولي عندنا تصرفه الدائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء فكيف يكون في اعتبار كلامه في مثل ذلك التصرف نفع محض فالوجه ان يقال بدل قوله المذكور وفي اعتبار كلامه في التصرف نظر له واما ثانيا فلان مقتضى تقريره المزبور ان يكون قول المصنف رح واحتمال تبدل الحال معطوفا على قوله لنظر الصبي كما لا يخفى على الناظر في مقدمات تقريره وليس كذلك فانه معطوف على قوله لاستيفاء المصلحة بطريقين وداخل معه في حيز قوله لنظر الصبي اذ لا شك ان تدارك احتمال تبدل الحال ايضا نظر للصبي فلا وجه لجعله مقابلا ثم اعلم ان قول المصنف رح وبقاء ولايته الى آخره يحتمل الوجهين احدهما ان يكون جوابا عن قول الشافعي رح لانه مولى عليه الى آخره وثانيهما ان يكون جوابا عن سؤال مقدر وهو ان يقال لو صار الصبي وليا للتصرف باذن وليه لكان ينبغي ان لا يبقى وليه وليا في التصرف في ماله فصاحب النهاية ذكر كلا الوجهين وصاحب العناية اختار الثاني كما ترى وكثير من الشراح اختاروا الاول فعليك بالاختيار ثم الاختيار **قوله** والتشبيه بالعبد المأذون يفيد ان ما ثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه اي في حق الصبي اراد به قوله فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون كذا في غاية البيان وغيرها اقول للقائل ان يقول تشبيه الصبي بالعبد المأذون انما يفيد ثبوت احكام العبد عامة في حقه ان كان التشبيه على العموم او على الاطلاق واما اذا عين وجه المشابهة كما وقع في الكتاب حيث قال فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون فافادته التعميم ممنوع جدا فليتامل قال صاحب النهاية فان قلت كيف

ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد المأذون ... والمعتوه

والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذونا باذن الاب والجد والوصي دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي والله اعلم

يستقيم تعميم قوله ان ما ثبت في العبد من الاحكام يثبت في حق الصبي المأذون مع التخلف في بعضها وهو ان المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون اذا كان عليه دين يحيط بماله والولي ليس بمحجور عن التصرف في مال الصبي المأذون وان كان عليه دين يحيط بماله والرواية عن المبسوط قلت الجواب عنه من وجهين احدهما ان ما ذكرته من المحجورية انما هو في انحجار المولى وعدم انحجار الولي في المال وما ذكره في الكتاب من التعميم في تصرف العبد في ماله وتصرف الصبي في ماله فلا يرد نقضا الاختلاف المتصرفين والثاني هو ما ذكره في المبسوط وانما يملك الاب او الوصي التصرف في مال الصبي سواء كان على الصبي دين او لا لان دين الحر في ذمته لا تعلق له بماله بخلاف دين العبد المأذون فانه يتعلق بكسبه فيصير المولى من التصرف كاجنبي آخر اذا كان الدين مستغرقا انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب العناية في ذكر ذلك السؤال ووجهي الجواب ولكن سلك مسلك الاجمال اقول الوجه الثاني لا يصلح جوابا عن السؤال المذكور لان حاصل هذا الوجه بيان علة انحجار المولى عن التصرف في مال العبد المأذون اذا كان عليه دين يحيط بماله وعدم انحجار الولي عن التصرف في مال الصبي المأذون وان كان عليه دين يحيط بماله وذلك لا يفيد استقامة التعميم المستفاد من قول المصنف رح ان ما ثبت في العبد من الاحكام يثبت في حق الصبي المأذون بل يؤيد عدم استقامته كما لا يخفى ومدار السؤال المذكور على التعميم المستفاد من كلام المصنف لا غير وقال بعض الفضلاء لعل خلاصة الجواب الثاني في منع دلالة الكلام على العموم اقول ليس هذا بسديد اما اولا فلان دلالة كلام المصنف رح وهو قوله انما ثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه على العموم ظاهر لا يقبل المنع لان كلمة ما من الفاظ العموم على ما تقرر في علم الاصول وقد تأكد بيانها بقوله من الاحكام فان الجمع المعرف باللام ايضا من الفاظ العموم والاستغراق اذا لم يكن هناك معهود كما تقرر ايضا في علم الاصول واما ثانيا فلانه لا دلالة في الجواب الثاني اصلا على منع دلالة كلام المصنف رح على العموم ولا تعرض له فيه بوجه من الوجوه وانما مضمونه مجرد بيان العلة في انحجار المولى عن التصرف في مال العبد وعدم انحجار الولي عن التصرف في مال الصبي فحمل ذلك الجواب على منع دلالة الكلام على العموم مما لا سبيل اليه اصلا **قوله** ويصح اقراره بما في يده من كسبه اورد عليه بان الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف يملكه الصبي باذن الولي واجيب عنه في النهاية ومعراج الدراية بان الولي انما لا يملك ذلك لانه لا يتحقق منه لان الاقرار قول من المرء على نفسه وما يثبت على الغير بقوله فهو شهادة واقرار الولي على الصغير قول على الغير فكان شهادة وشهادة الفرد لا يكون حجة واما قول الصبي بعد الاذن فهو اقرار منه على نفسه وهو من صنيع التجار ومما لا يتم التجارة الا به لان الناس اذا علموا ان اقراره لا يصح يتحرزون عن معاملته فان من يعامله لا يتمكن من ان يشهد عليه شاهدين فلهذا جاز اقراره اقول هذا الجواب لا يدفع السؤال المذكور لان ما بينه علة عدم صحة اقرار الولي على مال الصبي وصحة اقرار الصبي نفسه على مال نفسه وهذا مما لا يؤثر كما ترى في اندفاع الايراد بان الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة فكيف يتحقق الولاية المتعدية وكان صاحب العناية تنبه لما في الجواب المزبور حيث لم يذكره بل قال بدله والجواب انه افاده من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها انتهى اقول هذا الجواب ايضا غير مستقيم لانه ان اراد ان الولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها فيما ملكه الصبي نفس التجارة وتوابعها التي من جملتها اقراره على مال الصبي فممنوع اذ لا شك ان اقرار الولي على مال الصبي ليس من توابع التجارة بل ليس مما يصح اصلا فانى يملكه الولي وان اراد ان الولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها التي من جملتها اقرار الصبي على مال نفسه وان لم يملك نفس الاقرار عليه فمسلم ولكن لا يجدي هذا شيئا في دفع السؤال المذكور لان اللازم منه ان يملك الولي الاذن للصبي بالاقرار فلا كلام فيه وانما الكلام في ان يملك الصبي الاقرار على نفسه باذن الولي ولاية متعدية من الولي الى الصبي والولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك نفس الاقرار على الصبي بالاجماع فلم تكن ولاية قائمة في حق نفس الاقرار على الصبي فكيف يتعدى منه الولاية الى الصبي في حق ذلك ولا يخفى ان حديث ان يملك الولي الاذن للتجارة وتوابعها

كتاب الغصب

الغصب في اللغة عبارة عن اخذ الشئ من الغير

في اثناء الجواب عن هذا الاشكال المصير لغواً من الكلام ثم اقول لعل الصواب في الجواب منع كون ولاية الصبي ولاية متعدية اذ قد تقرر فيما مر ان الصبي يتصرف باهلية والصبي ليس بسبب الحجر لذاته بل لعدم هداية واذن الولي انما يكون دليلا على زوال ذلك المانع كما كان البلوغ دليلا عليه الا انه يكتسب الولاية من اذنه الا ان الصبي لما كان من اسباب المرحمة بالحديث لم يؤهل الصبي اصلا لما هو ضار محض واهل لما هو نافع محض قبل الاذن وبعده واهل لما هو دائر بين النفع والضر بعد الاذن فقط والاقرار لما كان من توابع التجارة دار بين النفع والضر اذ لو لا قبول اقراره يحترز الناس عن معاملته فيتضرر به فاهل الصبي له بعد الاذن وكانت ولاية عليه ذاتية لا متعدية من الولي فتبصر فان هذا توجيه حسن وجواب شاف يتحسم به مادة الاشكال بالكلية

كتاب الغصب

ايراد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين احدهما ان الغصب من انواع التجارة بالاحتى ان اقرار المأذون لما صح بديون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكن الاول من التجارة دون الثاني وكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبا والثاني ان المغصوب ما دام قائما بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكا لرقبته فصار كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبة ما في يده من اموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف الملاك فذكر احد المتجانسين متصلا بالآخر من المناسبة الا انه قدم الاذن في التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع كذا في النهاية والعناية اقول في الوجه الاول بحث من وجهين احدهما ان كون الغصب من انواع التجارة ما لا انما يفيد المناسبة بين الغصب وبين جنس التجارة لا بين الغصب وبين الاذن في التجارة لان الاذن نفسه ليس من جنس التجارة قطعا بل هو فك الحجر واسقاط الحق عندنا على ما مر في صدر كتاب المأذون والمذكور في كتاب المأذون مسائل نفس الاذن لا مسائل جنس التجارة فلا يتم التقريب والثاني ان مناسبة ذكر النوع بعد ذكر الجنس متحققة في سائر انواع التجارة ايضا فينتقض ذلك الوجه بها طردا ويمكن ان يجاب عن كل منهما بنوع عناية اما عن الاول فبان يقال ان الاذن نفسه وان لم يكن من جنس التجارة الا انه متعلق بجنس التجارة ومخصوص به فكان للغصب مناسبة للاذن نفسه ايضا بواسطة تعلقه بجنس التجارة واما عن الثاني فبان يدعى عدم لزوم الاطراد في وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن ويقال ان تلك الوجوه مصححات لا مرجحات البتة فلا ضير في تحققها في غير ما سبقت له ايضا ثم ان الاظهر في وجه المناسبة ههنا ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال وجه المناسبة بين الكتابين عندي ان المأذون يتصرف في الشئ بالاذن الشرعي والغاصب يتصرف بلا اذن شرعي فكان بينهما مناسبة المقابلة الا انه قدم كتاب المأذون لانه مشروع والغصب ليس بمشروع انتهى واعلم ان محاسن الغصب من حيث الاحكام لا من حيث الاقدام كما في الجنايات والديانات فان المقصود من بيان كتاب الغصب هو بيان حكمه المرتب عليه لانه ليس في الغصب شئ من الاباحة فضلا عن الحسن والطاعة بل هو عدوان محض وظلم صرف كذا في النهاية وغيرها قوله وفي

الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده اقول لا بد من ان يزاد على هذا التعريف قيدان احدهما قيد او تقصير يده بان يقال على وجه يزيل يده او تقصير يده لئلا يخرج عن تعريف الغصب في الشرع ما اخذه الغاصب من يد غير المالك كما اذا اخذه من يد المستأجر او من يد المرتهن او من يد المودع فان الغاصب في هذه الصورة وان لم يزل يد المالك عن ماله بناء على عدم كونه في يده وقت الغصب وازالة اليد فرع تحققها الا انه قصر يده عن ماله في تلك الصور ايضا وعن هذا قال في المحيط البرهاني الغصب شرعا اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يد المالك ان كان في يده او تقصير يده ان لم يكن

على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده

في يده انتهى وهكذا قال في الكافي ايضا وثانيهما تقييده على سبيل المجاهرة كما وقع في البدائع لئلا يدخل في تعريف الغصب شرعية السرقة فان الامتياز بين السرقة و
الغصب في الشرع انما يكون بان كان الغصب على سبيل الجهار والسرقة على سبيل الخفية والاستسرار مع الاشتراك بينهما في جميع ما ذكر لتعريف الغصب شرعية
في الكتاب ثم اعلم ان صدر الشريعة قد تنبه للزوم زيادة القيد الثاني على هذا التعريف حيث قال في شرح الوقاية ثم لا بد ان يزاد على هذا التعريف لا على سبيل
الخفية ليخرج السرقة انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فان قلت اليس يصدق الحد المذكور على السرقة قلت نعم الا ان في السرقة
خصوصية بها كانت من جملة اسباب الحد فدخل مسائلها باعتبار تلك الخصوصية في الحدود وذلك لا ينافي دخولها باعتبار اصلها في الغصب كالشراء من الفضولي
فانه غصب مع انه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع باعتبار ما فيه من خصوصية بها صارت من مسائلها ومن ذهب عليه هذه الدقيقة تصدى لاخراجها
عن الحد المذكور بزيادة قوله لا على سبيل الخفية ولم يدر انه حينئذ يخرج عنه بعض افراد الغصب كاخذ مال غير محرز على سبيل الخفية الى هنا كلامه اقول فيه خلل من
وجوه الاول ان السرقة بخصوصيتها التي كانت من جملة اسباب الحد داخلة في التعريف المذكور اذ لا منع لشيء من خصوصيتها عن صدق التعريف المذكور
عليها كما لا يخفى على ذي فطنة وانما تكون خصوصية ما مانعة عن صدق تعريف الغصب عليها لو زيد على التعريف المذكور قيد على سبيل المجاهرة او لا على سبيل
الخفية فان من خصوصيتها ان تكون على سبيل الخفية كما تقرر في كتابها ولا اشتباه ان قيد او لا على سبيل المجاهرة او سبيل الخفية فاذا كانت السرقة بخصوصيتها التي كانت من جملة
اسباب الحد داخلة في التعريف المذكور لم يكن ذلك التعريف صحيحا لان يكون حد الغصب في الشرع والا لزم ان تكون السرقة بخصوصيتها غصبا شرعيا و
ليس كذلك لا محالة للقطع بتخالف حكمي السرقة والغصب في الشرع مطلقا وقوله وذلك لا ينافي دخولها باعتبار اصلها في الغصب كما لا يخفى والثاني ان قوله كالشراء من الفضولي
فانه غصب مع انه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع ليس بسديد لان مجرد الشراء من الفضولي ليس بغصب قطعا وانما الذي يصير غصبا اخذ المشتري
من يد الفضولي بغير اذن المالك وهو ليس ببيع جزما وليس بمذكور في كتاب البيوع اصلا وانما المذكور فيه نفس الشراء من الفضولي فلا صحة في التمثيل ولا في
التعليل والثالث ان قوله كاخذ مال غير محرز على سبيل الخفية في قوله ولم يدر انه حينئذ يخرج عنه بعض افراد الغصب كاخذ مال غير محرز على سبيل الخفية ليس بصحيح
لان ما كان غير محرز كيف يتصور اخذه على سبيل الخفية فان عدم الاحراز ينافي الاختفاء وعن هذا قال صاحب النهاية في فصل الحرز والاخذ منه من كتاب السرقة
الحرز لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق بدونه انتهى ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح غير التعريف المذكور بوجه آخر حيث قال بدل قولهم بغير اذن المالك بلا اذن من له
الاذن وقال في شرحه وانما لم يقل بلا اذن مالكه لان كون المأخوذ ذا مالك ليس بشرط لوجوب الضمان فان الموقوف مضمون بالاتلاف وليس بمملوك اصلا صرح به
في البدائع انتهى اقول وفيه ايضا خلل لان الوقف في الشرع عند ابي حنيفة رح حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية وعندهما
حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف الى الله تعالى على وجه تعود منفعته على العباد وهذا كله مما تقرر في اول كتاب الوقف فعلى كلا القولين لا
يكون الموقوف مملوكا فكيف يتم قوله ان الموقوف ليس بمملوك اصلا ولئن سلم تمام ذلك فكون الموقوف مضمونا لا يقتضي كونه مغصوبا غصبا شرعيا فان وجوب
الضمان ليس بحكم مخصوص بالغصب الشرعي بل يتحقق ذلك في غيره ايضا بنوع من التعدي والجناية الا يرى ان زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان
المغصوب ليست بمغصوبة عندنا شرعا لعدم تحقق ازالة يد المالك عنها بناء على ان يد المالك ما كانت ثابتة عليها حتى يزيلها الغاصب بل هي امانة في يد الغاصب
ان هلكت لا يضمنها عندنا كما صرح به قاطبة وسيجيء في الكتاب مع انه اذا تعدى فيها يجب عليه الضمان بالاتفاق على ما صرح به قاطبة وسيجيء في الكتاب وكذا اذا
قتل رجل عبد رجل خطأ في يد مالكه يجب عليه ضمان قيمة العبد بالاتفاق مع ان ذلك ليس بغصب في الشرع عند احد وبالجملة فرق بين ضمان الغصب وضمان

حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع قال ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان ادفع للضرر قال فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يوم الغصب وقال محمد رح يوم الانقطاع لابي يوسف رح انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد رح ان الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة رح ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء

الاتلاف كما نصوا عليه فمن اين ثبت تحقق حقيقة الغصب الشرعي في اتلاف الموقوف حتى يرد به النقض على ما ذكره ثقات المشائخ في تعريف الغصب فيحتاج الى التغيير قوله حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط لانه بالاستخدام والحمل اثبت يد التصرف عليه ومن ضرورته ازالة يد المالك عنه فتحقق الغصب بخلاف الجلوس على البساط لان البسط فعل المالك وقد بقي اثر فعله في الاستعمال وما بقي اثر فعله بقي يده فلم توجد ازالة يد المالك فلم يتحقق الغصب كذا قالوا قال ابن المنير في كلام المصنف رح ههنا مؤاخذة لفظية وهي في قوله وحمل الدابة يعني الحمل عليها وحقه ان يقول وتحميل الدابة لان الحمل لا يتعدى بنفسه الى اثنين وانما يتعدى بنفسه الى واحد والى آخر بحرف الجر تقول حملت المتاع على الدابة فيصح اضافة المصدر المسند الى المتاع لا الى الدابة فتقول حمل المتاع ولا تقول حمل الدابة الا ان تضعيف الفعل فيتعدى الى اثنين بنفسه فتقول حملت الدابة المتاع فحينئذ تصح اضافة مصدره الى الدابة فتقول تحميل الدابة لان التحميل مصدر حمل المضعف للتعدية انتهى كلامه اقول هذا الذي ذكره ظاهر وكان صاحب الكافي عن هذا غير عبارة المصنف رح ههنا فقال حتى كان استخدام عبد الغير والحمل على دابة الغير غصبا ولكن يمكن توجيه كلام المصنف رح ههنا بما وجه به الفاضل الشريف في شرح المفتاح قول العلامة السكاكي اختار المواظبتها حيث قال والاصل ان يقال بالمواظبة عليها اي على العبادة الا انه نزع الخافض وعدى المصدر بالايصال انتهى وقصد به الجواب عن قول المحقق التفتازاني هناك وفي تعدية المواظبة بنفسها نظر والصواب المواظبة عليها انتهى تامل قوله ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان اقول هذا انما يتم فيما اذا هلك المغصوب في يد الغاصب واما اذا كان قائما في يده فحكمه رد العين كما سياتي في الكتاب وكان المناسب بهذا المقام بيان حكمه الكلي دون حكمه الخاص بصورة الهلاك اللهم ان يبنى كلامه ههنا على ما قيل ان الموجب الاصلي للغصب مطلقا هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجيء ذكره لكنه قول ضعيف جدا على ما يدل تقرير المصنف رح فيما بعد وصرح به في الشروح ثمة فكيف يليق بمثل المصنف رح بناء كلامه على ذلك قوله ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية قال في النهاية والعناية لان الحنطة مثلا مثل الحنطة جنسا ومالية الحنطة الموزاد مثل مالية الحنطة المغصوبة لان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية انتهى اقول الظاهر ان المقصود من التعرض ههنا لبيان كون الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية دفع ورود سوال على ان يكون في ايجاب المثل مراعاة المالية لظهور تحقق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة ولكن اندفاعه بذلك غير واضح عندي لانه ان اريد بكون الجودة ساقطة العبرة في الاموال المذكورة انه لا تفاوت بين جيدها ورديها في المالية فهو ممنوع اذ التفاضل في القيمة بينهما في المتعارف ظاهر جدا وان اريد بذلك انه لا عبرة بالتفاوت بين الاموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند اهل الشرع لقول النبي صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء فهو مسلم لا كلام فيه لكن لا يندفع به السوال المتجه على قول المصنف رح ههنا لما فيه من مراعاة الجنس والمالية بان مراعاة المالية في ايجاب المثل غير مسلم لتحقق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة وذلك يقتضي التفاوت بينهما في المالية بل لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان عدم الاعتبار لتفاوت الاموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند اهل الشرع يؤيد ورود ذلك السوال ههنا اذ لو كان عندهم اعتبار لتفاوتهما في ذلك لما تصور التفاوت في المالية عند مراعاة التساوي في الوصف ايضا تامل تقف قوله لابي يوسف رح انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب قال صاحب النهاية فان قلت لم قدم قول ابي يوسف رح في التعليل ولم يوسطه كما هو حقه قلت يحتمل ان يكون ذلك لوجهين احدهما ان يكون المختار قوله لقوة دليله اذ فيه اثبات الحكم بحسب ثبوت الموجب لان المغصوب دخل في ضمان الغاصب من وقت الغصب فيجب ان يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب والثاني لاثبات الاقوال الثلثة بحسب ترتيب الزمان على تلك الاقوال فان اول الاوقات من هذه الاقوال الثلثة يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة فايراد الاقوال على ترتيب هذه الازمنة لم يتأت الا بتقديم قول ابي يوسف رح ثم بقول محمد رح ثم بقول ابي حنيفة رحمه الله انتهى كلامه وقد ذكر الوجه الثاني فقط بطريق الاجمال في معراج الدراية ايضا وكذا ذكر ذلك الوجه فقط في العناية

بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك **قال** وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان

ايضا ولكن بطريق النقل ثقيل اقول كل واحد من ذينك الوجهين منظور فيه اما الوجه الاول فلان ما ذكر فيه لا يدل على قوة دليل ابي يوسف رح لان المغصوب المثلي انما دخل في ضمان الغاصب وقت الغصب بضمان المثل ثم انتقل الى ضمان القيمة بالانقطاع كما افصح عنه المصنف رح في ذكر دليل محمد رح فمن اين يجب ان يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب دون وقت الانقطاع حتى يلزم قوة دليله ولو سلم قوة دليله فهي تقتضي تاخير دليله اذ من عادة المصنف رح المستمرة ان يؤخر القوي عند ذكر الادلة على الاقوال المختلفة ليقع المؤخر بمنزلة الجواب عن المقدم وان كان يقدم القوي في الاكثر عند نقل اصل الاقوال وهذا مما لا يستريب فيه من له قدم راسخ في معرفة اساليب كلام المصنف رح واما الوجه الثاني فلان اثبات تلك الاقوال بحسب الترتيب الزماني مما لا يتعلق به نظر فقهي اصلا فتغيير المصنف رح اسلوبه المقرر لمجرد ذلك الامر الوهمي مما لا يناسب بشانه الرفيع فالوجه عندي ان المصنف رح جرى ههنا ايضا على عادته المقررة من تاخير الاقوى فالاقوى عند ذكر الادلة على الاقوال المختلفة ليحصل الجواب من المتاخر للمتقدم كما حصل ههنا ايضا ذلك على ما يشهد به المتامل الصادق قال صدر الشريعة في شرح الوقاية اقول قول ابي يوسف رح اعدل لانه لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات وقلتها وفي المعدوم هذا متعذر او متعسر ويوم الانقطاع لا ضبط له وايضا لم ينتقل الى القيمة في هذا اليوم اذ لم يوجد من المالك طلب وايضا عند وجود المثل لم ينتقل وعند عدمه لا قيمة له الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل كلام صدر الشريعة ويمكن ان يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال وحد الانقطاع ما ذكره ابو بكر البلخي وهو ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت وعلى هذا انقطاع الدراهم انتهى وقد سبقه الى هذا الجواب صاحب الاصلاح والايضاح اقول لا يمكن رد هذا الجواب بانه يجوز ان يكون مراد صدر الشريعة بالمعدوم ما هو معدوم في السوق الذي يباع فيه لا المعدوم في الخارج مطلقا وكانه لهذا قال وفي المعدوم هذا متعذر او متعسر يعني انه بعد ما عدم في السوق الذي يباع فيه ان لم يوجد في البيوت ايضا يتعذر التقويم وان وجد فيها يتعسر التقويم لان معيار التقويم المقومين هو السوق الذي يباع فيها الاشياء وفي غير ذلك لا يتيسر التقويم العادل وكذا مراده بعدم بقاء شيء في قوله لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة عدم بقائه في السوق الذي يباع فيه فعلى هذا لا يمكن الجواب عنه بما ذكره ابو بكر البلخي في حد الانقطاع كما لا يخفى **قوله** بخلاف ما لا مثل له لانه يطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك اقول فيه اشكال لان هذا لا يتم على ما سيجيء عن قريب من ان الموجب الاصلي في الغصب على ما قالوا هو رد العين لانه الواجب وانما رد القيمة مخلص خلفا اذ المطالب باصل السبب حينئذ فيما لا مثل له ايضا انما هو رد العين لانه الواجب الاصلي مطلقا وانما ينتقل الى القيمة بهلاك العين فينبغي ان يعتبر قيمته وقت هلاك عينه لا وقت وجود اصل السبب وهو الغصب الا يرى ان الواجب بعد هلاك العين فيما له مثل هو المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع عند محمد رح فيعتبر قيمته وقت الانقطاع عنده وبقضاء القاضي عند ابي حنيفة رح فيعتبر قيمته وقت الخصومة والقضاء عنده لا يعتبر قيمته وقت وجود اصل السبب عند احد منهما وبالجملة الفرق بين ما لا مثل له وبين ما له مثل على قول ابي حنيفة رح ومحمد رح بان القيمة تعتبر في الاول عند وجود اصل السبب وفي الثاني عند الانتقال الى القيمة غير واضح على ما قالوا ان الموجب الاصلي في الغصب مطلقا هو رد العين وانما رد القيمة مخلص خلفا كما سيجيء واما على ما قيل ان الموجب الاصلي فيه هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجيء ايضا فلا يتم دليل ابي حنيفة رح ولا دليل محمد رح راسا اذ في كل منهما تصريح بان الموجب الاصلي في الغصب غير القيمة وانما ينتقل اليها بامر عارض فالمقام لا يخلو عن الاشكال على كل حال **قوله** وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة يعني معنى قول القدوري في مختصره ما لا مثل له العدديات المتفاوتة قال صاحب العناية اخذا من النهاية وتحقيقه ان معناه الشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه لان الذي لا مثل له في الحقيقة هو الله تعالى وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدواب والثياب انتهى اقول هذا الذي عده تحقيقا مما لا طائل تحته بل لا حاصل له لانه ان اراد بالشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه ما لا يكون له مثل من جنسه ولا يضمن بمثله من جنسه فيناقضه تعليله بقوله لان الذي

أما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا مثل له قال وعلى الغاصب رد العين المغصوبة معناه ما دام قائما لقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترد وقال عليه السلام لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعبا ولا جادا فإن أخذه فليرده عليه ولأن اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب إعادتها بالرد إليه وهو الموجب الأصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لأنه قاصر إذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الأحكام والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن فإن ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها أو تقوم بينة ثم قضى عليه ببدلها لأن الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي أمرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما إذا ادعى الإفلاس وعليه ثمن متاع فيحبس إلى أن يعلم ما يدعيه فإذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة **قال** والغصب فيما ينقل ويحول

لا مثل له في الحقيقة هو الله تعالى لأن ما لا يكون له مثل من جنسه لا يكون له مثل من غير جنسه أيضا بالأولوية فلا يكون له مثل أصلا وقد قال في التعليل إن الذي لا مثل له في الحقيقة هو الله تعالى فكيف يتصور أن يكون ذلك معنى قوله ما لا مثل له في قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه وإن أراد بذلك ما له مثل من جنسه ولكن لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته كما هو الظاهر من تعليله فعلى تقدير أن يكون هذا معنى قول القدوري ما لا مثل له في قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يلزم الاختلال في وضع المسألة إذ يصير حينئذ معنى المسألة وما لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته فعليه قيمته أي يضمن بقيمته فيشبه جواب المسألة باللغو من الكلام لكونه معلوما من صدر المسألة وبالجملة تفسير ما لا مثل له في هذه المسألة بما لا يضمن بمثله كما فعله صاحبا النهاية والعناية وكذا تفسير ما له مثل في المسألة الأولى بما يضمن بمثله كما فعله صاحب العناية مما لا يقبله فطرة سليمة لاستلزامه اعتبار جواب المسألة في صدر المسألة فيكون معنى قولهم في المسألة الأولى أيضا ومن غصب شيئا له مثل فهلك في يده فعليه ضمان مثله ومن غصب شيئا يضمن بمثله في الغصب فهلكت في يده فعليه ضمان مثله ولا يخفى ما فيه من الركاكة واللاغية والحق عندي أن المراد بما له مثل في المسألة الأولى ما له مثل صورة ومعنى وهو المثل الكامل الذي ينصرف إليه المثل عند الإطلاق وبما لا مثل له في هذه المسألة ما لا مثل له صورة ومعنى وإن كان له مثل معنى فقط وهو القيمة التي هي المثل الظاهر وقد أفصح عن نوعي المثل في الكافي حيث قال من قبل إن المثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وهو الأصل في ضمان العدوان حتى صار بمنزلة الأصل وقاصر وهو المثل معنى وهو القيمة والظاهر لا يكون مشروعا مع احتمال الأصل لأنه خلف عن المثل الكامل انتهى فيصير معنى هذه المسألة وما لا يكون له مثل كامل فعليه مثله القاصر وهو القيمة فينتظم المقام بلا كلفة قال في الكافي بعد ذكر مسألتنا هذه وقال مالك رح يضمن مثله صورة من جنس ذلك لما تلونا ولنا ما روي عن شريح من كسر عصا فهي له وعليه قيمتها وهو المراد بالمثل المذكور في النص انتهى أقول يرد عليه أنه لو كانت القيمة هي المراد بالمثل المذكور في النص وهو قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم لما تم الاستدلال بذلك النص الشريف على وجوب ضمان المثل صورة ومعنى على من غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده وقد مر الاستدلال به على ذلك في المسألة الأولى وهو الذي أشار إليه في الكافي بقوله لما تلونا فتدبر **قوله** أما العددي المتقارب فهو كالمكيل قال في النهاية وإنما اقتصر على المكيل ولم يقل كالمكيل والموزون لأن من الموزونات ما ليس بمثلي وهو الموزون الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقمة والطست انتهى أقول لقائل أن يقول لو كان اقتصاره على المكيل لذلك الشيء الذي ذكره لاقتصر عليه فيما مر أيضا حيث قال ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وليس فليس وأورد عليه صاحب العناية وجه آخر حيث قال بعد نقل ما في النهاية بقيل وليس بواضح لأن من المكيل ما هو كذلك كالبر المخلوط بالشعير فإنه لا مثل له ففيه القيمة انتهى أقول يمكن أن يجاب عنه بأن الظاهر أن مراد المصنف رح بالمكيل في قوله أما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت هو المكيل من جنس واحد بقرينة قوله بعده وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا مثل له وبقرينة شهرة اعتبار الجنس مع الكيل في تحقق المماثلة في المكيل كما تقرر في باب الربوا من البيوع **قوله** والغصب فيما ينقل ويحول أي الغصب يتحقق فيما ينقل ويحول بدليل قوله لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه كذا في معراج الدراية ثم إن المقصود بيان تحقق الغصب فيما ينقل ويحول دون تحديده لا بيان مجرد تحققه في المنقول إذ لا خلاف فيه ولا اشتباه وإنما الخلاف والاشتباه في عدم تحققه في غير المنقول فهو المقصود الأصلي بالبيان ههنا فالقصر معتبر في التركيب المذكور أعني قوله والغصب فيما ينقل ويحول كما أشار تاج الشريعة حيث قال في تفسير ذلك أي تحقق الغصب في المنقول دون غيره وأشار إليه صاحب العناية أيضا حيث قال الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار بل أشار إليه المصنف رح حيث قال في تعليل ذلك أن الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره قلت بقي الكلام في أن أداة القصر في التركيب المزبور ماذا فلعلها هي تعريف المسند إليه بلام الجنس فإنه يفيد قصر المسند إليه

الا ان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يضمنه وهو قول ابي يوسف رحمه الله الاول وبه قال الشافعي رحمه الله لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة ولهما ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ولو سلمت فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك **قال** وما نقص منه بفعله او سكناه ضمنه في قولهم جميعا لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله اذا انهدمت الدار بسكناه وعمله فلو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بذلك البائع والمشتري ينكر غصب البائع ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح **قال** وان انتقص بالزراعة يغرم النقصان لانه اتلف البعض فيأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يتصدق بالفضل وسنذكر الوجه من الجانبين **قال** واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه

على المسند كما صرحوا به في علم الادب ومثلوه بنحو التوكل على الله والكرم في العرب والامام من قريش **قوله** لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل اه تأمل لقائل ان يقول هذا القدر من الدليل بدون التفصيل الآتي في دليل عدم الضمان في غصب العقار لا يفيد المدعى ههنا كما لا يخفى على من احاط بحقيقة المقام خبرا وبذكر التفصيل الآتي هناك يستغنى عن ذكر هذا الدليل ههنا فالاحسن ان يكتفى بما سيأتي في تعليل جواب مسئلة غصب العقار المتفرعة على الاصل المذكور ههنا كما اكتفى ببيان الخلاف هناك عن بيانه ههنا فان الخلاف المذكور هناك متحقق ههنا ايضا لا محالة **قوله** واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه اقول كان اللائق بالمصنف رحمه الله ان يذكر الفاء بدل الواو في قوله واذا غصب عقارا الى آخره لان هذه المسئلة متفرعة على ما سبق من الاصل فينبغي ان يظهر علامة التفريع في اللفظ كما وقع في سائر الكتب فذكر كلمة الفاء في عامتها وكلمة حتى في المحيط حيث قال فيه وشرطه عند ابي حنيفة رحمه الله كون المأخوذ منقولا وهو قول ابي يوسف رحمه الله الآخر حتى ان غصب العقار عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله الآخر لا يتحقق موجبا للضمان انتهى والعجب ان كلمة الفاء كانت مذكورة في مختصر القدوري فبدلها المصنف رحمه الله بالواو في البداية والهداية ثم اقول المراد بالغصب في قوله اذا غصب عقارا هو الغصب اللغوي دون الغصب الشرعي فلا يتجه ان يقال قد تقرر فيما مر ان حكم الغصب مطلقا عند هلاك العين المغصوبة في يد الغاصب هو الضمان فكيف يصح الحكم ههنا بعدم الضمان في غصب العقار هالكا في يد الغاصب لان الضمان انما هو حكم الغصب الشرعي دون اللغوي والمتحقق ههنا هو الثاني دون الاول فلا منافاة قال بعض الفضلاء اطلاق لفظ الغصب ههنا مجاز على سبيل المشاكلة انتهى اقول فيه ان المصير الى المجاز انما هو عند تعذر الحقيقة وههنا الحقيقة اللغوية متيسرة فلا يصار الى المجاز اللهم الا ان يريد بالمجاز المجاز بالنظر الى الوضع الشرعي دون المجاز المطلق فلا ينافي كونه حقيقة بالنظر الى الوضع اللغوي ولكن حق الاداء ما قلناه كما لا يخفى وقال صاحب غاية البيان وقد اختلفت عبارات مشائخنا في غصب الدور والعقار على مذهب ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان واليه مال القدوري في قوله واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله لانه اثبت الغصب ونفى الضمان وقال بعضهم لا يتحقق اصلا واليه مال اكثر المشائخ انتهى كلامه اقول فيه نظر لانه ان اراد ان بعضهم قال يتحقق فيها الغصب الشرعي على مذهب ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله فلا نسلم ذلك اذ لم يقل احد ان الغصب الشرعي يتحقق عندهما فيها كيف ولو قاله لم يصح منه ان يقول لا على وجه يوجب الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك المغصوب في يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعي لا يتخلف عنه عند احد وانما المراد بالغصب في عبارة من اطلق الغصب ونفى الضمان هو الغصب اللغوي دون الشرعي لما بيناه وان اراد ان بعضهم قال فلا يتحقق فيها الغصب اللغوي ولا يوجب الضمان وبعضهم قال لا يتحقق فيها الغصب اللغوي ايضا فلا نسلم ان احدا قال ان الغصب اللغوي لا يتحقق فيها لان الغصب اللغوي على ما مر في صدر الكتاب اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب ولا شك في تحقق هذا المعنى في العقار اذ لم يعتبر فيه ازالة يد المالك اصلا فضلا عن ازالة يده بفعل في العين كما هو المانع عن تحقق الغصب الشرعي عندهما في العقار على ما ستعرفه فلا يصدر ممن له ادنى تمييز انكار تحقق الغصب اللغوي في العقار فضلا عن مثل مشائخنا هؤلاء الاجلاء **قوله** ولهما ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار قال صاحب العناية في حل هذا المحل ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف لان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بسببه وكل هذا المجموع لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه اي اخراج المالك عنها اي عن العقار بمعنى الضيعة او الدار وهكذا الاخراج فعل في المالك لا في العقار فانتفى ازالة اليد والكل ينتفي بانتفاء جزئه انتهى اقول في تقريره قصور اما اولا فلانه جعل الباء في قول المصنف رحمه الله بازالة يد المالك للسببية وليس بواضح اذ على تقدير تحقق السببية بين اثبات يد الغاصب وبين ازالة يد المالك يكون الاول وجوديا و اصلا صادرا من الغاصب والثاني امرا عدميا متفرعا على الاول و ايضا لو كان الباء المذكورة للسببية كان معنى كلام المصنف رحمه الله ههنا ان الغصب اثبات اليد المسبب عن ازالة يد المالك بفعل في العين فلا يفهم منه كون الغصب

ولو كان ... [illegible] ... والمراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل وهذا لان العين دخل في ضمانه بالغصب ... [illegible] ... والسبب ... [illegible]
... [illegible] ... ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب وان نقص في يده ضمن النقصان لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب
رد قيمته بخلاف ... [illegible] ... بخلاف البيع لان ... [illegible] ... ولا وصاف تضمن بالفعل ... [illegible]
... [illegible] ... قال ... [illegible]

عندهما مجموع اثبات اليد العادية وازالة يد المالك بفعل في العين كما هو المقصود فالوجه ان يكون الباء متعلقة بالمصاحبة فيكون المعنى وكما ان الغصب اثبات اليد مع
ازالة يد المالك بفعل في العين فحينئذ ينتظم المعنى ويحصل المقصود واما ثانيا فلان المتبادر من قوله فانتفى ازالة اليد بدون التقييد ان لا يتحقق ازالة اليد اصلا في
غصب العقار عندهما وليس كذلك اذ قد مر في تعليل قول محمد رح ان من ضرورة اثبات اليد زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد حالة واحدة وفي تعليل قولهما بما يتم
لنفي تلك المعارضة وليست بقابلة للنفي والمنع لتقررها وبداهتها فلا جرم كانت مسلمة عندهما ايضا فكيف يتم تقرير دليلهما بوجه يشعر بانتفاء ازالة اليد اصلا في غصب العقار فالاولى في تقرير دليلهما على ما كان
ههنا ان يقال ولما ان الغصب اثبات اليد العادية مع ازالة يد المالك بفعل في العين لا مع ازالة يد المالك مطلقا اي سواء كانت بفعل في العين او بفعل في المالك وما كان
من ضرورة اثبات اليد انما هو زوال يد المالك مطلقا لا زوالها بوجه خاص وهو ان يكون بفعل في العين وهذا المعنى مجموع ما اعتبر في حقيقة الغصب من ازالة اليد العادية مع
ازالة يد المالك بفعل في العين لا يتصور في العقار لان يد المالك في العقار لا تزول الا باخراج المالك عنها اي عن العين المغصوبة وهو اي ذلك الاخراج فعل في المالك
لا في العقار فلم يوجد فيه ازالة يد المالك بفعل في العين فلم تحقق فيه حقيقة الغصب فلم يلزمه الضمان عند هلاكه في يد الآخذ وبهذا التقرير يثبت مدعى الامام الاعظم والامام
الثاني ويخرج الجواب عما ذكر في دليل امامنا الثالث والشافعي رح كما لا يخفى على ذي فطنة واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل حيث قال وليت شعري باي دليل
ثبت كون ازالة يد المالك بفعل في العين معتبرة بل مفهوم ازالة اليد تحققه في اخراج المالك اظهر انتهى اقول قد ثبت ذلك بدليل ذكره صاحب البدائع حيث قال
واما ابو حنيفة رح وابو يوسف رح فمرا على اصلهما ان الغصب ازالة يد المالك عن ماله بفعل في المال ولم يوجد في العقار والدليل على ان هذا شرط تحقق الغصب
الاستدلال بضمان الغصب فان اخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه بفعل في الضمان فيستدعي وجود مثله منه في المغصوب ليكون اعتداء بالمثل الى هنا
كلامه فتامل ثم اورد ذلك البعض على قول المصنف رح في تعليل قولهما وهذا لا يتصور في العقار بان قال للخصم ان يقول انما لم يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد
فتامل انتهى اقول ليس هذا بشيء اذ ليس في الخصوم من ينكر تحقيق اثبات اليد فيه ولا من يقول بعدم الضمان فيه كما عرفته آنفا فكيف يتصور ان يقول الخصم
انما لم يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد **قوله** وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب
فيما ينقل اقول لقائل ان يقول ان اراد ان الغصب الشرعي فيما ينقل فهو مسلم ولكن لا يلزم منه كون المنقول هو المراد بالغصب المذكور ههنا في اكثر نسخ المختصر
لجواز ان يكون المراد بذلك الغصب اللغوي وهو يعم المنقول وغيره الا يرى انه ذكر الغصب فيما مر في قوله واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه والمراد به
اللغوي لا محالة وان اراد ان الغصب مطلقا فيما ينقل فهو ممنوع جدا ويمكن ان يجاب عنه بان المراد هو الاول ولا يرد جواز ان يكون المراد بالغصب
المذكور ههنا في اكثر نسخ المختصر الغصب اللغوي دون الشرعي لان المعنى اللغوي في المنقولات الشرعية معنى مجازي بالنظر الى وضع اهل الشرع على ما عرف
في علم الاصول بل في علم البيان ايضا فلا بد في ارادة المعنى اللغوي بالمنقولات الشرعية في تخاطب اهل الشرع من قرينة وههنا القرينة منتفية فوجب الحمل على
المعنى الشرعي بخلاف قوله فيما مر واذا غصب عقارا فان قوله قبيل ذلك والغصب فيما ينقل ويحول قرينة على ان يكون المراد
بالغصب في قوله غصب عقارا معناه اللغوي دون الشرعي تدبر **قوله** ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب اقول فيه شيء وهو ان الظاهر ان مسئلتنا
هذه تعم المثلي وغير المثلي من المنقولات لعموم الحكم المذكور في جوابها كما منها مع ان قوله ولهذا يعتبر قيمته يوم الغصب لا يتمشى في صورة المثلي على قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله اذ قد تقرر فيما مر ان المعتبر في ما تيك الصورة عند ابي حنيفة رح قيمته يوم الخصومة وعند محمد رح قيمته يوم الانقطاع فلم يتم التقريب لكون المسئلة
اتفاقية **قوله** فان نقص في يده ضمن النقصان لانه يدخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته اقول في هذا التعليل قصور اذ قد

لابي يوسف رحمه الله انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر وكذا الملك في المضمون لان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا الى وقت الغصب عندنا ولهما انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف
في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان
الخبث لاجل المالك فلهذا لو ادى اليه يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن اليه لان الخبث ما كان لحق
المشتري الا اذا كان لا يجد غيره لانه محتاج اليه فله ان يصرفه الى حاجة نفسه فلو اصاب مالا يتصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه
لما ذكرنا قال ومن غصب الفا فاشترى بها جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلثة الاف درهم فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما واصله
ان الغاصب والمودع اذا تصرف في المغصوب والوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله وقد مرت الدلائل وجوابهما في الوديعة اظهر
لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة اما فيما لا يتعين كالثمنين

اذ قد صرح في عامة الشروح بان مسالتنا هذه تعم ما كان النقصان في بدن المغصوب مثل ان كان جارية فاعورت او نابة الثديين فانكسر ثديها وما كان في غير بدنه مثل ان كان عبدا محترفا فنسي الحرفة ولا يخفى ان التعليل المذكور لا يتمشى في الصورة الثانية لان النقصان فيها من حيث الاوصاف دون الاجزاء فالاولى في التعليل ان يقال لانه يدخل جميع اجزائه واوصافه في ضمانه بالغصب فانه اوفى بالصورتين معا واوفق لقوله الآتي وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد اما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف تامل تقف ومراده غير الربوي اما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربا يعني ان مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي واما في الربويات اي في الاموال الربويات التي لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا فلا يمكن له تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربا انتهى كلامه اقول لقائل ان يقول عدم امكان ذلك مسلم فيما اذا كان نقصان الربويات في الاوصاف كما اذا غصب حنطة فعفنت في يده اذ لا اعتبار للتفاوت في الوصف عندنا في الاموال الربوية فيؤدي تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الاصل الى الربا لا محالة واما فيما اذا كان نقصانها في الاجزاء كما اذا غصب كيليا او وزنيا ففاتت بعض اجزائه فنقص قدره كيلا او وزنا فيمكن لصاحب المال تضمين النقصان مع استرداد الباقي من الاصل بلا تادي الى الربا اصلا كما لا يخفى فما معنى تخصيص مراد القدوري بغير الربوي والقول بعدم امكان تضمين النقصان مع استرداد الاصل في الربويات مطلقا تامل وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال المصرح ومراده اي مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي اما في الربويات كما اذا غصب حنطة فعفنت عنده او اناء فضة فانهشم في يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربا لكن صاحبه بالخيار ان شاء اخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وان شاء تركه وضمنه مثله الى هنا كلامه اقول تقرير صاحب العناية ههنا وان كان مطابقا لما ذكر في الكافي وما نقل في النهاية نقلا عن الايضاح الا انه منظور فيه عندي اما اولا فلانه قد صرح في شروح الهداية فيما مر حتى العناية نفسها وفي سائر المعتبرات ايضا بان الوزني الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والطست ليس بمثلي بل هو من ذوات القيم ولا شك ان اناء فضة من ذلك القبيل فكيف يتم تمثيل الربويات ههنا باناء فضة انهشم في يده واما ثانيا فلانه كيف يصح قوله وان شاء تركه وضمنه مثله وتضمين المثل انما يتصور في المثليات دون ذوات القيم التي منها اناء فضة على مقتضى ما صرح به كما عرفته انفا فالحق في حكم غصب اناء فضة اذا انتقص في يده ما نقله صاحب النهاية عن مختصر الشيخ ابي الحسن الكرخي رحمه الله من ان صاحبه بالخيار ان شاء اخذه بعينه ولا شيء له غيره وان شاء ضمنه قيمته من الذهب وعبارة الكرخي رحمه الله هكذا وان كان اناء فضة فهو بالخيار ان شاء اخذه بعينه ولا شيء له غير ذلك وان شاء ضمنه قيمته من الذهب وكذلك ان كان الاناء من ذهب فهو بالخيار ان شاء اخذه بعينه وان شاء اخذ قيمته من الفضة انتهت ونقل صاحب النهاية مثل ذلك عن المبسوط ايضا على التفصيل غير ان الواقع فيه قلب فضة بدل اناء فضة حيث قال وفي المبسوط وان استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وعند الشافعي رحمه الله قيمته من جنسه بناء على اصله ان للجودة والرداءة والصنعة في الاموال الربوية قيمة وعندنا لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها فلو اوجبنا مثل قيمتها من جنسها ادى الى الربوا ولو اوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة فلمراعاة حقه والتحرز عن الربوا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغا انتهى قوله ولابي يوسف رحمه الله انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر وكذا الملك لان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا عندنا اقول فيه نوع تامل لان الذي حصل في ضمانه وملكه انما هو البعض الفائت من المغصوب دون مجموع المغصوب لان الكلام فيما اذا انتقصته الغلة فوجب عليه ضمان النقصان مع استرداد الاصل والظاهر ان الغلة اي الاجرة بمقابلة منافع مجموع العبد المغصوب المشتمل لا بمقابلة منفعة وصفه الفائت فقط فما وجه القول بان لا يتصدق بشيء من الغلة اصلا فتدبر قوله فلو اصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا فسر جمهور الشراح وقت الاستعمال بوقت

فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها الثمن اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخي رح لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين لابد ان يتاكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشائخنا رح لا يطيب له قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمبسوط قال وان اشترى بالالف جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق بشيء وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس

فصل فيما يتغير بفعل الغاصب

استهلاك الثمن ولقد نقل صاحب النهاية هذه المسئلة عن المبسوط بعبارة صريحة فيما فسر وابه وقت الاستعمال حيث قال وفي المبسوط فاذا اصاب بعد ذلك مالا تصدق بمثله ان كان استهلاك الثمن يوم استهلكه وهو غني وان كان محتاجا يوم استهلاك الثمن لم يكن عليه ان يتصدق بشيء من ذلك انتهى اقول فيه اشكال فانه يجوز ان يكون غنيا وقت استهلاك الثمن ويصير فقيرا وقت الاستعانة بالغلة في اداء الثمن الى المشتري في هذه الصورة كيف يؤثر الغنى السابق الثابت وقت استهلاك الثمن في حق الغلة المصروفة الى حاجته في حال فقره اللاحق حتى يلزمه التصدق بمثلها عند اصابته مالا او لا يرى انه لو صرفها الى حاجة غيره من سائر الفقراء لم يلزمه التصدق بمثلها من بعد اصلا ففيما اذا صرفها الى حاجة نفسه حال فقره كان اولى بذلك كما صرحوا به فيما قبل اللهم الا ان يقال وجه تاثير الغنى السابق في تلك الصورة هو انه لو لم يستهلك الثمن حال غناه بالضرورة لاحتمال ان يبقى ذلك الثمن الى وقت لزوم اداء الثمن الى المشتري فلا يحتاج الى الاستعانة بالغلة لكن ذلك الاحتمال امر موهوم يبعد ان يكون مدار الحكم الشرعي فتدبر وفسر تاج الشريعة وقت الاستعمال المذكور في كلام المصنف رح بوقت الصرف الى حاجة نفسه اقول هذا هو الظاهر ولكن فيه ايضا شيء وهو ان الصرف الى حاجة نفسه انما يجوز له اذا كان لا يجد غير تلك الغلة كما افصح عنه المصنف رح بقوله ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن اليه الا اذا كان لا يجد غيره ولا يخفى انه اذا كان لا يجد غير ذلك كان فقيرا البتة فلم يكن وجه لترديد المصنف رح حينئذ بقوله فلو اصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه اذ معناه فبعد ان صرفها الى حاجة نفسه لو اصاب مالا الى آخره اللهم الا ان يقال يجوز ان يكون غنيا ولا يجد غير ذلك بان كان ابن السبيل فتامل قوله فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها اقول في عبارة المصنف رح ههنا تسامح لان حاصله يؤل الى ان يقال فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى نفسه والى غيره لان قوله اشترى بها في قوله انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها نفس ما في الكتاب وقوله ونقد منها امر مغاير له ولا معنى للقول بان في اشترى اشارة الى نفسه والى غيره كما لا يخفى فالظاهر ان يقال فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشار اليها ونقد منها اذ حينئذ لا يلزم المحذور المذكور ويظهر المقابلة بقوله بعده واما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها كما لا يذهب على ذي مسكة ثم ان ماخذ قول المصنف رح ثم هذا فيما يتعين بالاشارة الى قوله وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة ما ذكره فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير ولفظه اذا اشار اليها ونقد منها يدل قول المصنف رح اذا اشترى بها ونقد منها فانه قال هناك وهذا اوضح فيما يتعين بالاشارة اليه فاما في الدراهم والدنانير فقد ذكر في الكتاب اذا اشترى بها يتصدق بالربح وظاهر هذه العبارة يدل على انه اراد بها اذا اشار اليها ونقد منها وكان الكرخي رح يقول في المسئلة ان ذلك على اوجه اما ان يشير اليها ونقد منها واما ان يشير اليها وينقد من غيرها واما ان يطلق اطلاقا وينقد منها او يشير الى غيرها وينقد منها ففي كل ذلك يطيب الا ان يشير اليها وينقد منها فان الاشارة اليها لا يفيد التعيين فيستوي وجودها وعدمها الا ان يتاكد بالنقد منها قال مشائخنا رح لا يطيب بكل حال ان تناول من المشتري قبل ان يضمن وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال واطلاق الجواب ههنا والمضاربة والجامع الكبير دليل على هذا القول وهو المختار الى هنا لفظ فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وقال في الذخيرة قال مشائخنا رح الفتوى اليوم على قول الكرخي رح لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس وعلى هذا فتوى الصدر الشهيد وشمس الائمة

فصل فيما يتغير بفعل الغاصب

قال في العناية لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين او المثل او القيمة اعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان ما يزول به ملك المالك وان كان عارضا الا ان الغصب الا ان رد المثل او القيمة متفرع على تحقق هذا العارض فان موجب اصل الغصب انما هو رد العين ولا يصار الى رد المثل او القيمة الا بعد هلاك العين

قال واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا او صفرا فعمله آنية وهذا كله عندنا وقال الشافعي رح لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف رح غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربوا وعند الشافعي رح يضمنه وعن ابي يوسف رح انه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرماء بعد موته للشافعي رح ان العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما اذا هبت الريح في الحنطة والقتها في طاحونة الغير فطحنت ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما اذا انعدم الفعل اصلا وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها واربها ولنا انه احدث صنعة متقومة فصير حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الاصل الذي هو فائت من وجه ولا نجعله سببا للملك من حيث انه محظور بل من حيث انه احداث الصنعة

كما انقت يريفيام فلم يكن رد المثل والقيمة الا بعد هلاك العين حكم الغصب الا بعد حدوث ذلك العارض فكان بالتاخير احرى منه واما ثانيا فلان كون ما يزول به ملك المالك عارضا انما يقتضي استحقاقه للتاخير لا الفصل عما قبله بان يورد في فصل على حدة فلم يتم قوله وحقه الفصل عما قبله وكان صاحب النهاية تدارك حيث قال لانه عارض فناسب ان يذكر بعد ذلك لكن لا يتم به تمام التقريب اذ المقصود بيان وجه ذكر ما يتعلق بذلك العارض من المسائل في فصل على حدة لا بيان وجه ذكره متاخرا عما قبله **قوله** واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها قال في العناية قوله بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغير بغير فعله مثل ان صار العنب زبيبا بنفسه او خلا او الرطب تمرا فان المالك فيه بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكها لانه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية وقوله واعظم منافعها ليتناول الحنطة اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكا ونشا وبذرا وغير ذلك تزول بالطحن والظاهر انه تاكيد لان قوله زال اسمها يتناوله فانها اذا طحنت صارت تسمى دقيقا لا حنطة الى هنا لفظ العناية اقول فيه نظر فان كون قيد واعظم منافعها في هذه المسئلة مذكورا لمجرد التاكيد مع وقوعه في عبارات عامة المعتبرات من المطولات والمختصرات على الاطراد بعيد جدا لا يقبله الطباع السليمة فالحمل عليه من ضيق العطن والصواب انه احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها واربها فانه لا يزول بالذبح والتاريب ملك مالك كما سيأتي في الكتاب مع انه زال اسمها بعد التاريب ولكن لم يزل اعظم منافعها وهو اللحمية كما سياتي التصريح في عامة الشروح حتى العناية نفسها ولهذا لم يزل ملك مالكها عنها تدبر **قوله** غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده قال بعض الفضلاء الظاهر ان المراد نقصان القيمة اقول ظهوره ممنوع كيف وقد قال عامة الشراح في بيان قول المصنف رح فيما سياتي ولنا انه احدث صنعة متقومة لان قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا كما ان قيمة الشاة تزداد بطبخها فاذا ازداد قيمة الحنطة بجعلها دقيقا فاني يتصور هناك نقصان القيمة بل الظاهر ان المراد نقصان الوصف كما اذا عفنت وقد افصح عنه صاحب النهاية حيث قال لان الدقيق عين الحنطة من وجه فكان له ان ياخذه كما قبل الطحن ثم قال والدليل على بقاء جنس الحنطة فيه جريان الربوا بينهما ولا يجري الربوا الا باعتبار المجانسة وقال فلما ثبت المجانسة بين الحنطة ودقيقها كان اخذ الدقيق بمنزلة اخذ عين الحنطة ولو اخذ عين الحنطة كان لا يجوز ان ياخذ معها شيئا آخر لنقصان صفتها بسبب العفونة لادائه الى الربوا على ما مر فكذلك هنا انتهى اللهم الا ان يكون مراد ذلك القائل ايضا بنقصان القيمة نقصانها بسبب فوات الوصف لا نقصانها بمجرد الطحن من غير نقصان الوصف لكن الظاهر في مثله اضافة النقصان الى الوصف لا الى القيمة كما لا يخفى **قوله** للشافعي رح ان العين باق الى آخره قال صاحب العناية قوله وللشافعي رح عطف على قوله لانه يؤدي الى الربوا اقول ليس هذا بسديد فان الواو غير موجودة ههنا في نسخ الهداية الصحيحة اصلا ولو سلم وجودها فالظاهر انها للابتداء اذ لو كانت للعطف على قوله لانه يؤدي الى الربوا لزم الفصل بين المعطوفين بكلام اجنبي وهو قوله وعند الشافعي رح يضمنه وقوله وعن ابي يوسف رح انه يزول ملكه عنه الى آخره ولا يخفى على من له دربة باساليب الكلام ركاكة ذلك جدا وكونه بمعزل عن شان صاحب الهداية ورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيلزم ان يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند ابي يوسف رح وهو خلف انتهى اقول ليس هذا بشيء لان معنى قوله للشافعي رح ان العين باق ان له في اثبات مذهبه كذا وهذا هو المعنى ايضا على تقدير ان يكون وللشافعي رح عطفا على قوله لانه يؤدي الى الربوا الا ان له في اثبات مذهب ابي يوسف رح كذا حتى يلزم ان يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند ابي يوسف رح كيف ولو لزم ما توهم من المحذور ههنا للزم ذلك في كل موضع الخلاف يقال عند اقامة ادلة المذاهب له كذا وله كذا ولنا كذا اذ لا شك ان المذكور ثانيا وثالثا من تلك الادلة بالواو معطوف على الاول مع ان مدعى كل واحد منها يخالف الآخر ومن جملة ذلك قوله فيما نحن فيه

[illegible]

ولنا انه احدث صنعة متقومة فانه معلوم تقطعا على قول الشافعي رح ان العين باق مع انه ليس بتعليل لما قاله الشافعي رح بل التاديب فالوجه في صحته ان معرفت في امثال ذلك كما ان المعنى انه لو في اثبات مذهبه كذا اولنا في اثبات مذهبنا كذا اولا مخلص فيه اصلا فاحفظ هذا فانه ينفعك في مواضع شتى **قوله** بخلاف الشاة لان اسمه باق بعد الذبح والسلخ هذا جواب عن قول الشافعي رح وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها واربها وتقريره ان العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه متبدل للاسم واسم الشاة بعد الذبح باق لانه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيما بعد التاديب ولا يقال شاة مورب بل يقال لحم مورب فقد حصل الفعل وتبدل اللحم ولم ينقطع حق المالك اجيب بانه كذلك الا انه لما ذبحها فقد ابقى اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحمية فيها اذ معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ والتاديب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل تحققه فلا يكون دليل تبديل العين كذا في العناية وغيرها اقول الجواب المذكور لا يدفع السؤال الوارد على المصنف رح فيما ذكره جوابا عما استشهد الشافعي رح من مسئلة ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وتاريبها فانه علل المخالفة بينها وبين ما نحن فيه ببقاء اسم الشاة فيها بعد الذبح والسلخ فورد عليه قطعا ان يقال الكلام في الشاة التي ذبحت ثم اربت ولا شك ان اسم الشاة لم يبق بعد التاريب فلم يتحقق المخالفة بينها وبين ما نحن فيه من حيث تبدل الاسم وعدم تبدله فلم يصلح ما ذكره المصنف رح جوابا عما استشهد به الشافعي رح نعم يمكن ان يجاب عما استشهد به الشافعي رح راسا بما قرر في الجواب المذكور لكنه لا يدفع تصور ما اجاب به المصنف رح عنه ومدار السؤال المزبور على ذلك فلا يتم التقريب **قوله** وكذا اذا ادى بالقضاء او ضمنه الحاكم او ضمنه المالك لوجود الرضاء منه لانه لا يقضي الا بطلبه في المعنى المراد من قوله او ضمنه الحاكم ومن قوله او ضمنه المالك نوع اشتباه وعن هذا اختلفت عبارات الشراح في تفسيرها فقال صاحب الكفاية في شرح قوله او ضمنه الحاكم يحتمل ان يكون المغصوب منه من كان القاضي وليا له او ان يكون المراد منه قضى بالضمان بدليل قوله انه لا يقضي الا بطلبه انتهى واختار تاج الشريعة الاحتمال الاول حيث قال في بيان قوله او ضمنه الحاكم بان كان المغصوب مال اليتيم او الغائب وكذا اختاره صاحب العناية حيث قال في تفسير ذلك يعني اذا كان مال اليتيم اقول يرد على الاحتمال الاول ان قول المصنف رح في التعليل لانه لا يقضي الا بطلبه غير مساعد لذلك لان من كان القاضي وليا له لا يلزم منه الطلب في قضاء القاضي له بحقه بل قد لا يتصور منه الطلب كما اذا كان اليتيم صغيرا جدا او كما اذا كان الغائب بعيدا غير عالم بالقضية اصلا ويرد على الاحتمال الثاني ان قول المصنف رح قبيل هذا او كذا اذا ادى بالقضاء يابى ذلك اذ حينئذ يلزم التكرار ويمكن ان يجاب عن الاول بان طلب القاضي في حكم طلب من كان القاضي وليا له لكونه نائبا منابه فكان القضاء ايضا بطلب المغصوب منه حكما وعن الثاني بانه يجوز ان يكون المراد بالقضاء على التقدير ان يكون معنى قوله ضمنه الحاكم قضى بالضمان مجرد القضاء بالضمان بدون وقوع اداء من الغاصب والمراد بقوله قبيل ذلك وكذا اذا ادى بالقضاء اذا ادى بالقضاء فافترقا فلا تكرار ثم قال صاحب الكفاية ومعنى قوله او ضمنه المالك اخذ الضمان او تراضيا على مقدار من الضمان انتهى اقول يرد عليه ان قول المصنف رح فيما قبل واذا ادى البدل يباح معنى هذا المعنى لان اداء الغاصب البدل يستلزم اخذ المغصوب منه الضمان فيلزم ان يكون قوله او ضمنه المالك مستدركا ويمكن ان يجاب عنه بانه يجوز ان يكون المراد بتضمين المالك اخذه الضمان من الغاصب بغير القضاء ومن طلق اخذ الضمان والمراد فيما قبل واذا ادى البدل اداؤه برضاه ومن طلق الاداء الا يلزم مستدرك قوله كذا اذا ادى بالقضاء اداؤه بالرضاء انما يستلزم اخذ الضمان عن خلافه بغير رضاه فلا يستدرك لكن يبقى الكلام في قول صاحب الكفاية او تراضيا على مقدار من الضمان فانه يقتضي الاستدراك اذ التراضي كان معتبرا في قول المصنف رح واذا ادى البدل يباح كما يدل عليه التعليل هناك بقوله لان حق المالك صار في البدل فحصلت مبادلة بالتراضي ويمكن ان يجاب عنه ايضا بان المراد ههنا التراضي على مقدار من الضمان اخلى بعض منه والمراد فيما تقدم التراضي على اداء كل الضمان فحصل التغاير من هذه الحيثية واندفع الاستدراك لكن لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان حمل قول المصنف رح او ضمنه المالك على التراضي على مقدار من الاخذ مما لا يساعده اللفظ جدا ولا يفهم منه ذلك المعنى من حيث العربية اصلا وقال تاج الشريعة في تفسير قوله او ضمنه المالك اي طلب المالك من الغاصب الضمان بحل الانتفاع قبل اداء الضمان [illegible]

قال ومن غصب ساحة فبنى عليها زال ملك المالك عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعي رحمه الله له اخذها والوجه من الجانبين قد ذكرناه وجه آخر لنا فيه ان فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر الهندواني رحمهما الله انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساحة اما اذا بنى على نفس الساحة ينقض ولا يعتد فيه جواب الكتاب يرد ذلك وهو ...

وانتفى اثره الشارح العيني اقول فيه ايضا بعد من حيث اللفظ والمعنى كما لا يخفى فتامل قوله ومن غصب ساحة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها ذكر في الذخيرة ان ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء اكثر من قيمة الساحة واما اذا كانت قيمة الساحة اكثر من البناء فلم يزل ملك مالكها انتهى قال صاحب العناية بعد نقل ما في الذخيرة وسيظهر لك وجه ذلك ان تاملت في قوله وجه آخر لنا فيه انتهى اقول لا يذهب على من له ذوق صحيح انه لا يظهر وجه ذلك بالتامل في قوله وجه آخر لنا فيه لان حاصله ان ضرر الغاصب فيما ذهب اليه الشافعي رحمه الله ضرر من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه ضرر مجبور بالقيمة ولا ارتياب ان الضرر المجبور دون الضرر المحض فلا يرتكب الضرر الاعلى عند امكان العمل بالضرر الادنى ولا يخفى على ذي فطرة سليمة انه لا فرق في هذا المعنى بين ان يكون قيمة البناء اكثر من قيمة الساحة وبين العكس اذ لا شك ان الضرر المحض اشد واثقل من الضرر المجبور على كل حال فلا بد ان يتحمل الثاني ودفع الاول على كل حال عملا باختيار اهون الشرين كما هو القاعدة المقررة وانما كان يظهر وجه ذلك لو كان كلا الضررين مجبورين بالقيمة ما هو اقل قيمة حينئذ يكون اخف واليسر تحملا اولى فليس فليس ثم اقول لعل وجه ذلك يظهر بالتامل في قوله والوجه من الجانبين قد ذكرناه فان ما قدمه من جانبنا هو قوله ولنا انه احدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا ولا شك ان قيمة البناء اذا كانت اكثر من قيمة الساحة كان البناء غالبا على الساحة فيصح اذ ذاك ان يقال ان الغاصب احدث صنعة متقومة صير احدثها حق المالك هالكا من وجه لظهور صحة تصيير الغالب المغلوب هالكا من وجه واما اذا كانت قيمة الساحة اكثر من قيمة البناء فانما يكون الساحة غالبة على البناء فيشكل هناك ان يقال انه احدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا من وجه اذ تصيير المغلوب الغالب هالكا غير ظاهر تامل تفهم قوله وجه آخر لنا فيه ان فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة بيانه ان فيما قاله الشافعي رحمه الله اضرارا بالغاصب لان فيه ابطال حقه وفيما قلنا اضرار بالمالك ولكن ضرر المالك مجبور بالعوض وهو القيمة فكان فوات حقه كلا فوات وضرر الغاصب ليس بمجبور بشيء فيفوت حقه لا الى خلف فكان قطع حق المالك اولى من قطع حق الغاصب كذا في غاية البيان اقول لقائل ان يقول يشكل هذا الوجه من التعليل بما اذا غصب ساحة بالحار المهملة فبنى عليها فانه لا يزول ملك المالك عنها كما سيأتي في الكتاب مع جريان الوجه المذكور بعينه هناك ايضا كما لا يخفى نعم يوجد هناك وجه آخر فارق بينهما لكن الكلام في انتقاض هذا الوجه المذكور في مسئلتنا هذه بتلك المسئلة الآتية فتامل قوله كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينته قال في العناية فان قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث ان فيه تلف الناس لا لان المالك ملك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط قلنا ثبت في كل واحدة منها حق المالك وغيره وجعل حق غيره اولى لان بابطاله زيادة ضرر بالنسبة الى ضرر المالك فكانت متساويتين انتهى ورد عليه بعض الفضلاء بان قال كيف يقاس ذلك ولو كان البناء والساحة كلاهما لشخص واحد لا يباح له نقض بنائه واخراج الساحة من تحته بخلاف اللوح والسفينة والخيط والجارية فانها لو كانت لمالك واحد لا يباح له نزع الخيط واللوح فليتامل انتهى اقول ليس ذلك بشيء اذ لا يجب في صحة القياس اشتراك المقيس والمقيس عليه في جميع الاحوال بل يكفي اشتراكهما في العلة التي هي مناط الحكم وههنا كذلك فان العلة في المقيس عليه لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير ابطال حقه وهو متحقق في المقيس ايضا بلا ريب على انه لو كان البناء والساحة كلاهما لشخص واحد صار بمعزل عما نحن فيه اذ لا يتحقق الغصب هناك ولا يكون صاحب البناء متصرفا في ملك الغير حينئذ فلا يكون داخلا فيما وقع مقيسا ههنا ولا يتحقق فيه العلة المعتبرة عليه في المقيس وهي لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير ابطال حقه فلم يكن له تعلق بما نحن فيه ولا بالقياس المذكور فيه اصلا قوله وجواب الكتاب يرد ذلك قال صاحب غاية البيان ولنا في قوله وجواب الكتاب يرد ذلك ...

قال ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدهما هذا هو ظاهر الرواية ووجهه انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف المملوك حيث يأخذه مع ارش المقطوع لان الآدمي يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف

قال ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرق خرقا كثيرا يبطل عامة منافعه فلمالكه ان يضمنه جميع قيمته لانه استهلاك من هذا الوجه فكأنه احرقه قال رضه معناه يترك الثوب عليه وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعييب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قائم ثم اشارة الكتاب الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا رحمه الله جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع قال ومن غصب ارضا فغرس فيها او بنى قيل له اقلع البناء والغرس وردها

جواب مختصر القدوري يرد ما قاله الكرخي رح نظرا الى ان القدوري يروي عن ابي عبد الله الجرجاني عن ابي بكر الرازي عن ابي الحسن الكرخي رح فكيف يرد مجرد جواب القدوري قول الكرخي رح وسند روايته اليهم نعم يجوز رجحان قول المتأخر على المتقدم بقابلية الدليل لا بمجرد الرواية فلا انتهى كلامه اقول نظره ساقط لانه ان اراد ان استناد رواية القدوري في جميع مسائل مختصره او في المسئلة التي نحن بصددها الى الكرخي رح فهو ممنوع كيف وقد صرح هذا الشارح نفسه بان القدوري قال في شرح مختصر الكرخي رح وكان ابو الحسن الكرخي رح يقول المسئلة موضوعة على انه بنى على حوالي الساحة لانه غير متعد في البناء على ملكه فلا ينقض واما اذا بنى على نفس الساحة ينقض بناؤه لانه متعد فيه وكان الشيخ ابو بكر يختار هذا القول وقد ذكر في كتاب الصرف فيمن غصب درهما فجعله عروة مزادة سقط حق مالكه والفضة لا يسقط حق مالكها فيها بالصياغة وانما سقط لكونها تابعة للمزادة وهذا لا يكون الا بعمل يوقعه فيها على وجه التعدي فدل على ان المسئلة على اطلاقها وانه لا حق للمالك في الساحة في الوجهين وقال الى هنا لفظ القدوري ولا يذهب عليك ان ما نقله عن القدوري صريح في ان القدوري لا يقبل رواية الكرخي في هذه المسئلة على التقييد بان من بنى على حوالي الساحة ويستدل على اطلاقها بمسئلة كتاب الصرف كما ترى فتعين ان رواية القدوري هذه المسئلة بان يقال فبنى عليها لا يستند الى الكرخي رح بل هو في هذه الرواية مخالف له ومتمسك بمسئلة كتاب الصرف وان اراد ان استناد رواية القدوري في اكثر المسائل الى الكرخي رح بالطريق المزبور فهو مسلم لكن لا يجدي ذلك ههنا شيئا فان الكلام في مسئلة الساحة وهو في روايتها يخالف الكرخي رح كما عرفت قوله ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وهو ما يعد للذبح من الابل من الجزر وهو القطع يقع على الذكر والانثى وهي تؤنث كذا قالوا وانما ذكر الجزور بعد ما ذكر الحكم في الشاة من الخيار بين تضمين القيمة وتضمين النقصان لدفع شبهة ترد على اختيار تضمين النقصان بان يقال النقصان بالذبح في الشاة انما كان بسبب تفويت صلاحيتها للدر والنسل والجزور هي التي اعدت للذبح فلم يكن الدر والنسل مطلوبين ههنا فينبغي ان لا يضمن الغاصب النقصان بل استحق اجر المثل من جزارته على المالك لانه حق مقصود فيها فكان زيادة لا نقصانا كما اذا غصب ثوبا فصبغه احمر حيث يضمن المالك للغاصب ما زاد الصبغ اذا اختار اخذ الثوب لكون صبغ الحمرة زيادة فدفع تلك الشبهة بقوله وكذا الجزور وذلك لان نفس ازالة الحيوة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لانه يحتمل ان يكون للمالك مقصود فيها سوى الدر والنسل من الاسمان وتبقيتها الى زمان ليحصل مقاصده منها كذا في النهاية ومعراج الدراية وافاد صاحب العناية خلاصة هذا المعنى بعبارة اخرى حيث قال وانما خصه لدفع ما عسى ان يتوهم ان غاصبه يجب ان يستحق اجر المثل بجزرته على المالك لانه حق مقصود فيه فكان ذلك زيادة فيه لا نقصانا حيث اعد للجزر غير مطلوب منه الدر والنسل وذلك لان نفس ازالة الحيوة عن الحيوان نقصان وكان للمالك الخيار لاحتمال ان يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الاسمان والتأخير الى وقت آخر لمصلحة له في ذلك انتهى كلامه وورد عليه بعض الفضلاء قوله وانما خصه لدفع ما عسى ان يتوهم ان غاصبه يجب ان يستحق اجر المثل حيث قال لا مجال لهذا التوهم اصلا لان فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق بها الاجر وقال فالاولى ان قضية استحقاق اجر المثل من البين ويقول عدم بدله ان ذابحه يجب ان لا يكون غاصبا انتهى اقول ان قوله لا مجال لهذا التوهم اصلا ممنوع وقوله لان فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الاجر غير مسلم فانه اذا لم يكن متبرعا لما زاده الصبغ فيما اذا اخذ ثوب غيره فصبغه احمر بل ضمنه المالك اذا اختار الثوب كما سيأتي فلم لا يجوز ان لا يكون متبرعا لما زاده الذبح فيما اذا ذبح جزورا وغيره بل استحق اجر المثل بناء على انه حق مقصود للمالك وهذا القدر من القياس يكفي منشأ للاجتهاد فلا اقل من ان يكون منشأ للتوهم فلا بد من دفع ذلك التوهم فاشار المصنف رح الى دفعه بقوله وكذا الجزور وهذا هو مراد الشراح ههنا ولا غبار عليه قوله ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه قال صاحب العناية قيل ليس بالتقييد

لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق

غير ماكول اللحم فائدة فان حكم ماكوله ايضا كذلك لانه عطف قوله وكذلك اذا قطع يدها على قوله ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها فدل انهما في الحكم سواء ومن الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيهما يعني في ماكول اللحم وغير ماكوله اذا قطع طرفه وكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين احدهما انه لو كان كذلك لكفى ان يقول وكذلك اذا كانت غير ماكول اللحم والثاني ان التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف ماكول اللحم وغير ماكوله حيث قال في الاول انه اتلاف من وجه وفي الثاني لوجود الاستهلاك من كل وجه الى هنا لفظ العناية اقول القائل بعدم فائدة التقييد بغير ماكول اللحم انما هو صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية واما المراد بمن قال في قوله ومن الشارحين من قال فالظاهر انه هو صاحب غاية البيان اذ لم ينقل احد من الشارحين ما يشبه القول المذكور سوى صاحب الغاية الا ان ما نقله صاحب العناية ليس عين عبارة صاحب الغاية ايضا فان عين عبارته هكذا هذا الفرق بين ماكول اللحم وغير ماكول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين جميع القيمة فيهما بلا خيار وقد مر من قبل هذا انتهى ولا يخفى على ذي مسكة انه لا يرد على ما تلك العبارة شيء من وجهي نظر صاحب العناية لان مدار ورودهما على حمل مراد المصنف رح على تسوية ماكول اللحم وغير ماكوله في الحكم وعبارة صاحب الغاية تنادي على حمل مراده على الفرق بينهما حيث قال هذا الفرق بين ماكول اللحم وغير ماكول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية بتغيير ثم قال صاحب العناية والظاهر من كلام المصنف رح نفي خيار المالك بين تضمين قيمتها وبين امساك الجثة وتضمين نقصانها ويكون ذلك اختيارا منه وان كان نقل الكتب على خلافه فانه ذكر في الذخيرة والمغني فقال وفي المنتقى هشام عن محمد رح رجل قطع يد حمار او رجله وكان لما بقي قيمة فله ان يمسك ويأخذ النقصان انتهى كلامه اقول للمانع ان يمنع مخالفة ما اختاره المصنف رح لنقل الكتب المذكورة لان ما رواه هشام عن محمد رحمه الله من جواز اختيار الامساك واخذ النقصان فيما اذا قطع طرفا من غير ماكول اللحم مقيد بان كان لما بقي قيمة كما ترى ويجوز ان يكون ما اختاره المصنف رح وجوب تضمين جميع القيمة فيما اذا لم يكن لما بقي بعد قطع الطرف قيمة بدلالة قوله لوجود الاستهلاك من كل وجه على ذلك لانه لا يوجد الاستهلاك من كل وجه فيما اذا كان لما بقي بقطع الطرف قيمة بل يبقى فيه منفعة القيمة فيصير هالكا من وجه دون وجه وكان صاحب الكفاية تنبه لذلك حيث قال في شرح قول المصنف ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها اي الواجب هنا جميع القيمة اذا لم يكن للدابة منفعة بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه اما اذا كان لما بقي قيمة فله ان يمسك ويأخذ النقصان ونقل ما في المنتقى من رواية هشام عن محمد رحمه الله

قوله لقول النبي صلى الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم حق صحح في المغرب بتنوين عرق حيث قال اي الذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا على وجه الاغتصاب ليستوجبها ووصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازا وقد روي بالاضافة اي ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه كذا في العناية وغيرها اقول فيما ذكر في المغرب شيء وهو انه قدر المضاف اولا حيث قال اي لذي عرق ظالم وجعل وصف العرق بالظلم تجوزا ثانيا وبينهما تناف لانه اذا قدر المضاف يصير ظالم صفة له لا العرق كما في قول النبي صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم عتق عليه ان قوله محرم صفة ذا وحده للجوار فيتم معنى الكلام على حقيقته فلا تكون للمصير الى التجوز وجه ومن هذا ذكر الزمخشري في الفائق ما ذكره المطرزي في المغرب خلا القول بوصف العرق بالظلم على سبيل التجوز اللهم الا ان يكون مراد صاحب المغرب بقوله اي بذي عرق ظالم مجرد تصوير المعنى لا ان هناك مضافا محذوفا مقدرا وقال بعض الفضلاء

ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولابد للملك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها كما اذا اشغل ظرف غيره بطعامه فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك ان يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكون له لان فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء او شجر يؤمر بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار له فتقوم الارض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر او بناء لصاحب الارض ان يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما **قال** ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وان شاء اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي رح في الثوب لصاحبه ان يمسكه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة يبنى فيها لان التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق لان التمييز متعذر ولنا ما بينا ان فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل بخلاف الساحة بنى فيها لان النقض له بعد النقض اما الصبغ يتلاشى وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتخير صاحب الثوب على ما قال ابو عصمة رح في اصل المسئلة وان شاء رب الثوب باع الثوب ويضرب بقيمته ابيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه ولان لا يملكه المستهلك بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير ان السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق تتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه اسود فهو نقصان عند ابي حنيفة رح وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا ينقصه الحمرة بان كانت قيمته ثلثين درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد رح انه ينظر الى ثوب يزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة ياخذ ثوبه وخمسة دراهم لان احد الخمسين جبر بالصبغ

فصل ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي رح لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا انه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لانه غير قابل للنقل لحق المدبر تعلق به ينفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن **قال** والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه لان المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه

ولا مجال لكون ظالم نعتا للذى لانه معرفة انتهى اقول هذا الكلام من مثل ذلك امر عجيب فان ذا الذى بمعنى صاحب لا يكون الا مضافا ويكون نكرة ان اضيف الى نكرة ومعرفة ان اضيف الى معرفة ونص على هذا قال العلامة الجوهري في صحاحه واما ذو الذي بمعنى صاحب فلا يكون الا مضافا فان وصفت به نكرة اضفته الى نكرة وان وصفت به معرفة اضفته الى الالف واللام ولا يجوز ان تضيفه الى مضمر ولا الى زيد وما اشبهه انتهى ولا ريب ان المضاف اليه لذى فيما نحن فيه وهو عرق نكرة فيكون المضاف ايضا نكرة فلا معنى لقوله ولا مجال لكون ظالم نعتا للذى لانه معرفة وكأنه وهم ذهب الى ذى التي هي مؤنث ذا من اسماء الاشارة التي هي من انواع المعارف ونعم ما قالوا لكل جواد كبوة ولكل صارم هفوة **قوله** ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها الى آخره اقول لمتوهم ان يتوهم ان قوله في التعليل والغصب لا يتحقق فيها ينافي وضع المسئلة في الغصب بان قال ومن غصب ارضا فغرس فيها او بنى فالجواب ان المراد بالغصب المذكور في وضع المسئلة هو معناه اللغوي وبالغصب المنفي تحققه في الارض في اثناء التعليل هو معناه الشرعي على اصل ائمتنا فلا منافاة و قال صاحب غاية البيان قد مر في اوائل كتاب الغصب عند قوله والغصب فيما ينقل ويحول ان عبارات مشائخنا اختلفت في غصب الدور والعقار على مذهب ابي حنيفة رح وابي يوسف رح فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان واليه مال القدوري في قوله واذا غصب عقارا فهلك لم يضمنه عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح فعلى هذا لا يرد السوال على قوله ومن غصب ارضا وقال بعضهم لا يتحقق فيجاب عنه ان يقال لما تصور بصورة الغصب سماه غصبا كما في قوله تعالى الا ابليس لانه تصور بصورة الملائكة انتهى كلامه اقول قد مر منا ايضا هناك انه لم يقل احد من مشائخنا ان الغصب الشرعي يتحقق عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح في العقار ولو قال ذلك لما صح منه ان يقول لا على وجه يوجب الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك المغصوب في يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعي لا يتخلف عنه عند احد وانما اغتر صاحب الغاية باستعمال بعض المشائخ لفظ الغصب في العقار وتوجيه ذلك على طرف التمام بحمله على المعنى اللغوي كما قررناه آنفا فلا وجه لبناء عدم ورود السوال على قوله ومن غصب ارضا على القول بتحقق الغصب الشرعي في العقار على انه لو بنى عليه لورد السوال على قول المصرح في تعليل ذلك والغصب لا يتحقق فيها اذ يلزم حينئذ ان لا يطابق التعليل المعلل واما الجواب الذي ذكره صاحب الغاية على تقدير عدم القول بتحقق الغصب في العقار بانه لما كان في صورة الغصب سماه غصبا فله وجه ولكن فيما ذكرناه من الحمل على المعنى اللغوي مندوحة عنه كما لا يخفى

فصل لما فرغ من ذكر كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان ذكر في هذا الفصل مسائل متفرقة يتصل بمسائل الغصب كما هو دأب المصنفين كذا في النهاية وذكره صاحب العناية ايضا بعبارة اقصر اقول فيه كلام وهو ان المذكور في الفصل السابق ما يوجب الملك للغاصب بفعله وعمله لا بالضمان كما يشعر هناك عنوان الفصل حيث قال فصل فيما يتغير بعمل الغاصب ويدل عليه قطعا قوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب ولو سلم ذلك كان ينبغي ان يذكر في الفصل السابق ما ذكر في صدر هذا الفصل وهو قوله ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها فانه من قبيل ما يوجب الملك للغاصب بالضمان صريحا **قوله** وقال الشافعي رح لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا انه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه قال صاحب العناية في شرح كلام المصنف رح وكلامه يشير الى ان سبب الملك هو الغصب والا لم يكن لتعليل الشافعي رح بذلك مناسبا انتهى واورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان عدم مناسبته لا يهمنا غاية ان يكون وجها آخر لنا في الجواب انتهى اقول كيف لا يهمنا غاية عدم مناسبة تعليله وهو خصمنا في هذه المسئلة وتزييف دليل خصمنا لا يهمنا لا محالة فلو لم يكن سبب الملك

الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك لانه اثبتها بالحجة الملزمة **قال** فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضاء المالك حيث ادعى هذا المقدار **قال** فان كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة واخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه في هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخي رح انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يدعيه والخيار لفوات الرضاء **قال** ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته نفذ بيعه وان اعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان الملك الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب **قال** وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها مالكها فيمنعها اياه وقال الشافعي رح زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرناه ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب لو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه فاكله او باعه وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا اكثر مشايخنا وكو اطلق الجواب فهو ضمان جناية

هو الغصب عندنا لكان ينبغي على المصنف رح بيان غاية مناسبة تعليله لما قلنا التعريف به دليله فان قيل قد استغنى المصنف رح عن تزييف دليله بهذا الوجه بما ذكره بقوله ولنا انه ملك البدل بكماله الى آخره كما اشار اليه ذلك البعض بقوله غايته ان يكون وجها آخر لنا في الجواب قلنا ما ذكره بقوله ولنا انه ملك البدل الى آخره لا يصلح جوابا عما قاله الشافعي رح الا بطريق المعارضة باقامة دليل على ما قاله الشافعي رح ولا يندفع به اشكال ان يكون ما هو عدوان محض سببا للملك كما ذكره الشافعي رح في تعليله فلو لم يكن سبب الملك عندنا هو الغصب لما ترك منع كون الغصب سببا للملك عندنا في الجواب عما قاله الخصم فهل يستغني العاقل عن مثل هذا الامر الجلي القاطع عند امكان التشبث به بمثل ما ذكره المصنف رح لما هو كثير المقدمات خفي الدلالة على دفع ما قاله الخصم كما ترى فصح ما ذهب اليه صاحب العناية من ان سوق كلام المصنف رح ههنا يشير الى ان سبب الملك عندنا هو الغصب كما صرح به القاضي ابو زيد في الاسرار حيث قال قال علماؤنا الغصب يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان او التراضي عليه **قوله** الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك فان عجز المالك عن اقامة البينة وطلبت يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بالقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وقال بعض مشايخنا ينبغي ان تقبل لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو اقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي ابو علي النسفي يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشائخ من فرق بين هذه والمسئلة الوديعة وهو الصحيح لان المودع ليس عليه الا اليمين واذا اقام البينة اسقطها وارتفع الخصومة واما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة وباقامة البينة لم يسقط الا اليمين فلا يكون في معنى المودع كذا في العناية وغيرها اقول فيما ذكروا من وجه الفرق نظر فانه انما يفيد ان لا يكون الغاصب في هذه المسئلة كالمودع من جميع الوجوه حيث وجب على الغاصب اليمين والقيمة ولم يجب على المودع الا اليمين وهذا لا ينافي صحة قياس هذه المسئلة على مسئلة الوديعة في قبول البينة لاسقاط اليمين لان الاتحاد بينهما في هذه الجهة كاف في صحة القياس ولا يضر عدم وجوب القيمة على الغاصب لان الواجب عليه فيما اذا عجز المالك عن اقامة البينة على الاكثر انما هو الاقل الذي كان معترفا به وليس مقصوده من اقامة البينة عليه الا مجرد اسقاط اليمين على الزيادة عن نفسه واذا حصل له هذه الفائدة صار في معنى المودع من جهة اتحاد فائدة قبول البينة فتدبر **قوله** ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرناه ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب واعترض بان هذا يقتضي ان يضمن الولد اذا غصب الجارية حاملا لان اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فانه لا فرق بين هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الاسرار واجيب بان الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا في الامة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير كذا في العناية وكثير من الشروح اقول في الجواب بحث لان الحمل قبل الانفصال لو لم يكن مالا لما صح اعتاقه وتدبيره اذ الظاهر ان محل الاعتاق والتدبير لا يكون الا مالا مملوكا وقد تقرر في محله انه يصح اعتاقه وتدبيره فيلزم ان يكون مالا ولئن سلم ان محل الاعتاق والتدبير لا يلزم ان يكون مالا بل يكفي ان يكون ملكا وان الملك يجوز ان يتحقق في غير المال ايضا فالجواب المذكور لا يصلح عبارة الكتاب لان الحاصل منه ان وجه عدم ضمان الولد فيما اذا غصب الجارية حاملا هو عدم كون الحمل قبل الانفصال مالا لا ان يد المالك ما كانت ثابتة عليه وقد قال في الكتاب ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى تزيلها الغاصب ولا شك ان هذه العبارة لا تتناول ما اذا غصب الجارية حاملا مع انه لا يضمن الزيادة في تلك الصورة ايضا كما ذكر في الاسرار فلم يندفع ورود الاعتراض المذكور على عبارة الكتاب كما لا يخفى **قوله** ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع هذا انما يتم فيما اذا غصب الجارية غير حامل فحبلت في يد الغاصب واما فيما اذا غصبها حاملا فلان الولد في هذه الصورة كان جزءا من امه حين الغصب وكان ازالة يد المالك عن امه مستلزما لازالتها عنه ايضا ضرورة استلزام ازالة اليد عن الكل ازالتها عن اجزائه فلا يتصور اذ ذاك ان يقال ولو اعتبرت ثابتة على

وبهذا يتبين ان ما يجب بالاعانة والاشارة فذلك يجب بازالة وصفا ويقع اثبات اليد على مستحق الامن اوزوال الامن قال وما نقصت الجارية بالولادة فى ضمان الغاصب فان كان فى قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا ينجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما فى ولد الظبية وكما اذا هلك الولد قبل الرد او ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة غيره او قطع قوائم شجر غيره او خصى عبد غيره او علمه الحرفة فاضناه التعليم

الولد لا يزيلها ولا يصح التعليل بان يقال اذ الظاهر عدم المنع لان منع الكل بازالة يد المالك عنه منع لجزئه ايضا وقد صرحوا بانه لا فرق بين ما اذا غصبها حاملا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت فى يد الغاصب فى كون الولد غير مضمون عندنا فكان التعليل المذكور قاصرا عن افادة تمام المسألة قال صاحب العناية وعورض بان الام مضمونة البتة والاوصاف القارة فى الامهات تسرى الى الاولاد كالحرية والرق والملك فى اشراء واجيب بان الضمان ليس بصفة قارة فى الام بل هو لزوم حق فى ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازا انتهى كلامه وقد سبقه الى ذكر مضمون هذا السؤال والجواب صاحب النهاية و معراج الدراية اقول فى الجواب نظر لان الضمان مصدر للفعل المتعدى يقال ضمنه ضمانا ومثل هذا المصدر تعلق بالفاعل وهذا الاعتبار يصير وصفا له وتعلق بالمفعول به وبهذا الاعتبار يصير وصفا له ايضا وقد صرح به المحقق التفتازانى فى التلويح فى فصل الفاظ العام وحققه حيث قال ان الفعل المتعدى يحتاج الى المفعول به فى التعقل والوجود جميعا والى المفعول فيه فى الوجود فقط وقال وله تعلق بالفاعل وبهذا الاعتبار هو وصف له وتعلق بالمفعول به وبهذا الاعتبار هو وصف له وقال ولا امتناع فى قيام الاضافيات بالمضافين ورد به قول صاحب الكشف ان الضرب قائم بالضارب فلا يقوم بالمضروب لامتناع قيام الوصف الواحد بشخصين فقد ظهر منه ان الضمان كما يوصف به الغاصب حقيقة فيقال هو ضامن يوصف به المال ايضا حقيقة فيقال هو مضمون فقول هؤلاء الشراح فان وصف به المال كان مجازا ممنوع جدا وقال صاحب العناية فان قيل قد وجد الضمان فى مواضع ولم يتحقق العلة المذكورة فيها فكان امارة زيفها وذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن وان لم يزل به يد المالك بل ازال يد الغاصب وكالملتقط اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ولم يزل يد المالك والمغرور اذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يدا فى حق الولد ويضمن الاموال بالاتلاف تسببا كحفر البير فى غير الملك وليس ثمه ازالة يد اصلا لا اثباتها فالجواب ان ما قلنا ان الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة واما ان كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلتزم ذلك لجواز ان يكون الضمان حكما نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص من العلة فما يكون تعديا الى هنا كلامه اقول هذا الجواب ليس بتام لانه انما يفيد ان لو كان المراد بالسؤال المذكور ان قولك الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان غير منعكس لتحقق وجوب الضمان فى الصور المزبورة بدون تحقق الغصب على التفسير المذكور فيها واما اذا كان المراد بذلك ان تعليل مسئلتنا بالعلة المذكورة فى الكتاب ينتقض بالصور المزبورة لان حاصل هذه العلة ان تفسير الغصب بما ذكرنا لم يتحقق فى زوائد المغصوب فلم يجب الضمان فيها ولا شك ان ذلك التفسير غير متحقق فى الصور المزبورة ايضا مع وجوب الضمان فيها فلا يدفع ذلك الجواب المذكور ذلك السؤال كما لا يخفى على الفطن ثم الاولى فى السؤال والجواب ما فصل فى النهاية ومعراج الدراية فان شئت فراجعهما **قوله** ولهذا يتكرر بتكررها قال صاحب النهاية فى شرح هذا المحل اى يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فانه لو ادى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم ارسله فى الحرم ثم اخرج ذلك الصيد من الحرم يجب ضمان آخر كذا وجدت بخط شيخى ولكن يحتمل ان يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التى هى الاخراج من الحرم وهذا اولى لانه اوفق لرواية المبسوط فى المناسك حيث جعل هناك ايصال صيد الحرم الى الحرم بمنزلة ايصال المغصوب الى يد المغصوب منه فى الغصب اذا وصل المغصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شئ ولكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرر الغصب فكذا هنا الى هنا لفظ النهاية واقتفى اثره اكثر الشراح فى تجويز المعنيين المذكورين ههنا ولكن لم يقل احد سواه بترجيح المعنى الثانى على الاول ومنهم صاحب العناية حيث قال فى شرح هذا المحل ولهذا يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فانه لو ادى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم ارسله فيه ثم اخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويجوز ان يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التى هى الاخراج من الحرم انتهى كلامه اقول لا جواز عندى للمعنى الثانى ههنا اصلا فضلا عن ان يكون هو الاولى كما زعمه صاحب النهاية فان قول المصنف رح ولهذا يتكرر بتكررها متفرع على قوله فيضمن جنايته

قلنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة او العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب في يده واخذ ارشها واداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية مجبور به وكذا اذا ماتت الام وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ الولادة لا تفضي اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه لا بد من رد اصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسببا لزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم قال ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن في الامة ايضا لهما ان الرد قد صح

كما ترى ولا يصح هذا التفريع على تقدير حمل قوله فتكرر بتكرره على المعنى الثاني لان تكرر وجوب الارسال بتكرر الاخراج من الحرم لا يدل البتة على كون ضمان ولد الظبية ضمان جناية لا ضمان غصب فان تكرر وجوب الارسال بتكرر الاخراج من الحرم يتلائم كون ضمان ولد الظبية ضمان جناية وكونه ضمان غصب على السواء كما لا يخفى بل رواية المبسوط في المناسك اوفق لكونه ضمان غصب على ما قرره صاحب النهاية حيث قال جعل هناك صيد الحرم الى الحرم بمنزلة ايصال المغصوب الى يد المغصوب منه وفي الغصب اذا وصل المغصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شيء ولكن تكرر وجوب الرد الى المالك بتكرر الغصب فكذا هنا انتهى تدبر تقف قوله لنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة او العلوق على ما عرف ذهبت جماعة من الشراح وهم اصحاب النهاية والكفاية ومعراج الدراية الى ان قول المصنف رح على ما عرف اشارة الى ما يجيء في مسألة من غصب جارية فزنى بها وذهب بعضهم وهو صاحب غاية البيان الى انه اشارة الى ما ذكر في طريقة الخلاف واختار صاحب العناية الثاني وذكر الاول ايضا بطريق النقل حيث قال اعني في طريقة الخلاف وقيل في مسألة من غصب جارية فزنى بها على ما يجيء انتهى اقول لا مجال عندي للحمل على الاول اصلا لان المراد بالسبب ههنا سبب الزيادة والنقصان وما يجيء في مسئلة من غصب جارية فزنى بها سبب الموت ولا شك ان ما هو سبب لاحدهما لا يصلح ان يكون سببا للآخر ايضا البتة حتى يصح حوالة معرفة احدهما على معرفة الآخر الا يرى الى قول المصنف رح فيما سيأتي وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضي اليه غالبا انتهى فان ذلك صريح في ان الولادة لا يكون سببا لموت الام ويعلم منه دلالة ان العلوق ايضا لا يكون سببا له لان افضاءه الى الموت ابعد من افضاء الولادة اليه كما لا يخفى مع انه حكم ههنا بان سبب الزيادة والنقصان هو الولادة او العلوق ثم ان المعروف في الحوالة على ما يجيء ان يقال على ما يجيء اي على ما سنعرفه بصيغة المضارع واما ان يقال في مثل ذلك على ما عرف فلم يعرف قط فالوجه هو الحمل على ما عرف في طريقة الخلاف لا غير قوله وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا لان السبب الواحد لما اثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما ازال المبيع عن ملك البائع ادخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن مالية المبيع لاتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته فقضى القاضي به ثم رجعا لم يضمنا شيئا وما ذاك الا ان الفوات الى خلف كلا فوات كذا في الشروح و اعترض بانه لم يخرج جواب للخصم عن اصل دليله وهو ان الولد ملك المولى فلا يصلح ان يكون جابر النقصان وقع في ملكه بل هو على حاله واجيب بان المصنف رح اشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا فانه اذا لم يعد نقصانا لم يحتج الى جابر فاطلاق الجابر عليه توسع هذا زبدة ما في النهاية والعناية اقول الجواب منظور فيه فان النقصان امر محقق لا مجال لانكاره وقد صرح به في وضع مسئلتنا فيما اذا انتقصت الجارية بالولادة ولا يرى وجه لان لا يعد ذلك النقصان المحقق نقصانا سوى انجبار ذلك النقصان بالزيادة التي هي الولد كما يدل عليه كلام الشراح قاطبة في شرح قول المصنف رح وعند ذلك لا يعد نقصانا كما مر ويدل عليه قوله في اصل المسألة فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب ولو كان اطلاق الجابر عليه توسعا ولم يوجد الجبر حقيقة لم يظهر وجه لان يعد نقصان المغصوب الواقع في يد الغاصب نقصانا موجبا للضمان في سائر المواضع وان لا يعد نقصانه الواقع في يد الغاصب فيما نحن فيه نقصانا موجبا للضمان عندنا بل يلزم ان يكون ذلك تحكما بحتا وحاشا لائمتنا من ذلك فليتأمل قوله وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت اقول للقائل ان يقول لا اتحاد في السبب في هاتين الصورتين اذ لا شك ان سبب النقصان وهو الهزال في الصورة الاولى وسقوط الثنية في الصورة الثانية مغاير لسبب الزيادة وهي السمن في الاولى ونبات الثنية في الثانية وقد رد المصنف رح فيما بعد قياس الخصم على جز صوف شاة وقطع قوائم شجر بعدم الاتحاد في السبب في المقيس عليه فكيف تشبث ههنا بالقياس على هاتين الصورتين مع عدم الاتحاد في السبب فيهما ايضا ثم اقول في الجواب ان الفرق باتحاد السبب وعدم اتحاده انما يؤثر في قدح القياس في عدم سقوط الضمان كما هو مدعى الخصم اذ لا يلزم من عدم سقوطه عند عدم اتحاد السبب عدم سقوطه عند اتحاده اذ يمكن عند اتحاده ان لا يعد النقصان نقصانا كما ذكروه بخلاف عدم

والهلاك بعد لا بسبب حادث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا حُمَّت في يد الغاصب ثم ماتت في يد المالك او زنت في يده ثم جلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت في يد البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن بالاتفاق له انه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذه فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم كما ذكرناه وشرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مؤلم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب قال ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي يضمنها فيجب اجر المثل ولا فرق في المذهبين بينما اذا عطلها او سكنها وقال مالك ان سكنها يجب اجر المثل وان عطلها لا شيء عليه له ان المنافع اموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصب ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان

اتحاد اذ لا وجه عنده اصلا الا ان لا يعد النقصان نقصانا ولا يتاتى ذلك الفرق في القياس في سقوط الضمان كما هو مدعاه الا انه اذا سقط الضمان عند اتحاد السبب مع عدم جواز ان لا يعد النقصان هناك نقصانا فلان سقوط الضمان عند اتحاد السبب مع جواز ان لا يعد النقصان هنا نقصانا اولى كما لا يخفى فتدبر فانه وجه لطيف في الفرق بين القياسين ولم اسبق الى كشفه وبيانه وقال بعض الفضلاء والفرق ان الثنية لا قيمة لها بخلاف القوائم والصوف انتهى اقول ليس هذا بشيء لان الثنية وان لم يكن لها قيمة الا ان سقوطها يورث نقصانا فالجارية بلا ريب والكلام في نقصان الجارية المغصوبة فلا يفيد ذلك الفرق شيئا فيما نحن فيه قوله والهلاك بعده بسبب حادث في يد المالك وهو الولادة اقول يرد عليه في الظاهر انه جعل الولادة ههنا سببا للهلاك وقد صرح فيما مر انها ليست بسبب للموت حيث قال وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا يفضي اليه غالبا فكان بين الكلامين تدافع فليتامل في التوجيه قوله ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه لقائل ان يقول مقتضى هذا الدليل ان لا تجب الاجرة على المستاجر فيما اذا حدثت المنافع في يده كما في استيجار الدور والاراضي والدواب ونحوها لان الانسان كما لا يضمن ملكه لا يجب عليه الاجرة بمقابلة ملكه مع انه يجب عليه الاجرة في ذلك بالاجماع ولم ار احدا حام حول هذا الاشكال مع ظهور وروده الا صاحب غاية البيان فانه قال والجواب عن مسئلة الايجار قلنا لا تجب الاجرة عندنا بمقابلة المنافع بل بمقابلة التمكين من جهة المالك لانه لما لم تمكن من استيفاء المنافع الا بتمكينه كان ذلك طريقا للوصول الى استيفاء المنافع فاعطى لما هو وسيلة الى المنفعة حكم المنفعة في حق وجوب الاجرة باعتبار الحاجة انتهى اقول هذا الجواب وان كان مما يصلح ان يكون مخلصا ههنا الا انه يستدعي ترك ظاهر كثير مما ذكروا في كتاب الاجارات كقولهم الاجارة تمليك المنافع بعوض وقولهم والقياس يابى جوازها لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة وقولهم وينعقد الاجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع لان المعاوضة يقتضي التساوي والملك في المنفعة التي هي المعقود عليه يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهو الاجرة وقولهم والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة الى غير ذلك من الاقوال الدالة على كون الاجرة بمقابلة المنافع ولعل تاويل كلها متعسر بل متعذر تامل تقف ثم اقول الاولى في الجواب عندي ان يقال اقتضاء الدليل المذكور عدم وجوب الاجرة على المستاجر فيما اذا حدثت المنافع في يده ان يقال انما هو على موجب القياس وقد تقرر في اول كتاب الاجارات ان القياس يابى جوازها الا انها جوزت على خلاف القياس بالنص استحسانا لحاجة الناس اليها وان جوزها عندنا باعتبار اقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة الايجاب والقبول فيجوز في الاجارة ان يجب الاجرة على المستاجر بمقابلة المنافع التي حصلت على ملكه بحدوثها في يده اذا وقع التراضي عليه باعتبار اقامة العين التي هي ملك المؤجر وسبب لوجود المنفعة مقام المنفعة على موجب الاستحسان بالنص بخلاف الغصب فانه غير جائز قياسا واستحسانا فلا يتكلف فيه بما يخالف القياس فتدبر قوله ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان اقول لقائل ان يقول هذا الدليل انما يدل على ان منافع المغصوب لا تضمن بالاعيان لعدم المماثلة بينهما ولا يدل على انها لا تضمن بالمنافع المماثلة لها والمدعى عدم مضمونيتها اصلا فلا يتم التقريب ويمكن الجواب عنه بان مبنى تقرير المصنف هذا الدليل على الوجه المزبور تقرر عدم مضمونيتها بالمنافع بالاجماع وكانه لم يتعرض لنفي هذا الاحتمال لظهوره يرشد الى ذلك تقرير صاحب الكافي هذا الدليل حيث قال ولئن سلمنا تصور غصبها فلا يمكن تضمينها لانها لو صارت مضمونة على الغاصب فاما ان تضمن بالمنافع وهو باطل ولم يقل به احد او بالاعيان وهو باطل ايضا لانها لا تماثل الاعيان لان المنافع اعراض لا يبقى وقتين والعين يبقى اوقاتا وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم وضمان العدوان مبني على المماثلة بالنص والاجماع ويرشد اليه ايضا تقرير صاحب غاية البيان ذلك الدليل حيث قال ولان المنافع لو كانت مضمونة على الغاصب لا يخلو اما ان تكون مضمونة بامثالها من المنافع وغيرها

وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ولانسلم انها متقومة في ذاتها بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الا ان ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين

من الاعيان كالدراهم والدنانير فلا يجوز ان تكون مضمونة بالاثمان وبين المنافع لانه لا قائل بذلك ولا يجوز ان تكون مضمونة بالاعيان لعدم المماثلة والمماثلة شرط في ضمان العدوان لقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم انتهى قال صاحب العناية اعترض بما اذا اتلف ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدراهم التي تبقى فدل على ان المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة وبما اذا استاجر الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدراهم اليتيم فانه جائز لا محالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لان القربان الى مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن واجيب عن الاول بان المماثلة المعتبرة انما هي ما يكون بين باق وباق لا بين باق وابقى فكان السؤال غير وارد وهذا راجع الى ما تقدم من التفاوت بين جوهر وعرض الا يرى ان بيع الثياب بالدراهم جائز وان كان احدهما ابقى من الآخر وعن الثاني بما ذكرنا ان شراء الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل ان القربان بالاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات انتهى كلامه اقول فيما ذكره في كل من الجوابين شيء اما في الاول فلان تنويره بقوله الا يرى ان بيع الثياب بالدراهم جائز وان كان احدهما ابقى من الآخر ليس بصحيح لان جواز نوع من التفاوت بين البدلين في البيع لا يدل على جواز ذلك في ضمان العدوان لان للعقد والرضا تاثيرا في تجويز كثير من التفاوت وعن هذا قالوا يجوز بيع عبد قيمته الف بالوف ولا يجوز ذلك التفاوت في ضمان العدوان قطعا الا يرى ان التفاوت بين جوهر وعرض يجوز ايضا بالعقد كما اذا استاجر منفعة دار مثلا بدراهم معينة مع ان المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان لا تتصور بين جوهر وعرض كما صرح به واما في الثاني فلان جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي لا يدل على جواز استيجار الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدراهمه لان التفاوت في الاول بين جوهر وجوهر وهو تفاوت غير فاحش والتفاوت في الثاني بين جوهر وعرض وهو تفاوت فاحش ولا شك ان جواز تصرف الوصي في مال اليتيم بالتفاوت الغير الفاحش لا يدل على جواز تصرفه فيه بالتفاوت الفاحش الا يرى ان التفاوت الفاحش الذي بين جوهر وعرض يمنع المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان دون التفاوت غير الفاحش الذي بين جوهر وجوهر فلم لا يجوز ان يكون الامر في تصرف الوصي في مال اليتيم ايضا كذلك فمن اين ثبت دلالة جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي على ان القربان بالاحسن في مال اليتيم هو مجرد ما لا يعد عيبا في التصرفات نعم يجوز ان يكون المراد بالقربان بالاحسن في قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن ذلك المعنى لكنه انما يعرف بدليل آخر لا بما ذكره من جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي فتدبر قوله وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف قال صاحب العناية في تفسير هذه المآخذ اي العلل التي هي مناط الحكم وهو ما ذكره اولا بقوله لانها حصلت في ملك الغاصب وثانيا بقوله انها لا يتحقق غصبها واتلافها وثالثا بقوله لانها لا تماثل الاعيان الى آخره انتهى اقول فيه نوع خلل لانه قال وهو ما ذكره بكلمة او وهي لاحد الامرين ولا شك ان العلل التي كانت مناط الحكم ههنا واشار اليه المصنف رح بهذه المآخذ هي ما ذكره اولا وثانيا وثالثا باحوالها المذكورة لا لامر آخر فكيف يصح اطلاق بكلمة او وقال صاحب النهاية ههنا اراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم واراد بالمآخذ ما ذكره اولا بقوله لانها حصلت في ملك الغاصب وثانيا انها لا يتحقق غصبها واتلافها وثالثا انها لا تماثل الاعيان وما شرط في ضمان العدوان المماثلة بالنص انتهى اقول يرد على ظاهره ان العلل التي هي مناط الحكم ههنا هي ما ذكره المصنف رح اولا وثانيا وثالثا بعينه كما عرفته آنفا فما معنى قول هذا الشارح اراد بالمآخذ هذا واراد بها ذاك والعطف يقتضي التغاير بين المعطوفين لكن يمكن توجيهه بان يكون مقصوده بقوله اراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم تفسير معنى المآخذ ههنا وتعيينه وكأنه قال اراد بمعنى المآخذ ههنا هذا واراد بما صدق عليه المآخذ ههنا ذاك والمغايرة بين المفهوم وما صدق هو عليه ظاهرة فيصح العطف الا انه لو قال في الثاني واراد بهذه المآخذ ما ذكره الى آخره لكان احسن لكونه ادل على ارادة ما صدق عليه المآخذ كما لا يخفى على الفطن ثم اقول بقي في هذا المقام بحث قوي وهو انه قد صرح في معتبرات الفتاوى بان منافع الغصب مضمونة عندنا ايضا في الوقف ومال اليتيم وما كان معدا للاجارة مع ان العلل المذكورة التي هي مناط الحكم بعدم ضمان منافع الغصب جارية بعينها في تلك الصور ايضا فان قلت العلل المذكورة على وفق القياس والقول بضمان المنافع في تلك الصور موجب الاستحسان نظرا للوقف ومال اليتيم ونحو ذلك ويجوز ترك القياس بالاستحسان قلت ذلك فيما يتصور ويمكن وتلك العلل بعضها يدل على عدم تصور الغصب والعدوان في المنافع وبعضها يدل على عدم امكان تضمين المنافع بالاعيان لعدم المماثلة بينهما وبناء ضمان العدوان على المماثلة بالنص والاجماع فاجراء الاستحسان في خلاف ذلك مشكل جدا

فصل في غصب ما لا يتقوم **قال** واذا اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن قيمتهما فان اتلفهما لمسلم لم يضمن وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنهما للذمي ايضاً وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي على ذمي او باعهما الذمي من الذمي له انه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في حق الاحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا

فصل في غصب ما لا يتقوم قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان احكام غصب ما يتقوم وهو الاصل لان الغصب يجب رده الذي ذكرنا انما يتحقق فيه شرع في بيان احكام غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضيته ان يصير متقوما اما باعتبار ديانة المغصوب منه انه متقوم او تغيره في نفسه الى التقوم انتهى كلامه وقد اقتفى اثره صاحب العناية اقول لا يذهب عليك ان الاحالة ههنا الى المصير الى اعتبار عرضية ان يصير ما لا يتقوم متقوما باحد الاعتبارين المذكورين بل لا وجه له فان المذكور في هذا الفصل ضمان ما لا يتقوم في بعض المسائل وعدم ضمانه في بعضها انتفى ما لا ضمان فيه كاتلاف خمر المسلم وخنزيره لا وجه لاعتبار عرضية ان يصير متقوما باعتباره اصلا فان اعتبار عرضية ان يصير متقوما مما لا تاثير له في حكم عدم الضمان فلا حاجة الى التعرض له ولعل بعض الشراح تنبه لما ذكرنا حيث اعتبار عرضية ان يصير متقوما منهم الشارح الكاكي حيث قال لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم وهو الاصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم انتهى ومنهم الشارح الاتقاني حيث قال لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم وهو الاصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم كالخمر والخنزير في حق المسلم لئلا يحسب الضمان انتهى قوله ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة اقول فيه اشكال من وجهين احدهما ان الخصم قال انهم اتباع لنا في الاحكام تمسكا بقوله عليه الصلوة والسلام اذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين كما صرح به في الكافي وعامة الشروح فكيف يتم التعليل بان التقوم باق في حقهم في مقابلة ذلك الحديث الدال على كونهم اتباعا لنا في الاحكام والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف في علم الاصول فان قلت نحن نقول ان تركهم وما يدينون كما ذكر في اثبات التعليل من قبلنا فيه النص المتضمن لهذا الامر وهو قوله عليه الصلوة والسلام اتركهم وما يدينون على مدعانا ههنا قلت للخصم ان يقول المراد بما يدينون الديانات دون المعاملات وما نحن فيه من المعاملات ولئن سلم العموم للمعاملات ايضا فليتحقق التعارض بين النصين فمن اين يثبت الرجحان والثاني انه قد تقرر في علم الاصول انه لا خلاف في ان الكفار مخاطبون بالايمان والعقوبات والمعاملات وبالعبادات ايضا في حق المؤاخذة في الآخرة واما في حق وجوب الاداء في الدنيا فمختلف فيه وما نحن فيه من المعاملات فينبغي ان يكونوا مخاطبين بالخطاب الدال على عدم تقوم الخمر والخنزير ايضا ثم اقول يمكن الجواب عن كل واحد منهما اما عن الاول فبان يقال ما نحن فيه مخصص بالاجماع من عموم النص الدال على كونهم اتباعا لنا في الاحكام فان عمر رضي الله عنه لما سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به اهل الذمة من الخمور قالوا نعشرها قال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها فقد جعلها مالا متقوما في حقهم حيث جوز بيعها وامر باخذ العشر من ثمنها ولم ينكره احد فحل محل الاجماع نص صرح به بعض الشراح واما عن الثاني فبان يقال كون الكفار مخاطبين بالمعاملات ونحوها فيما يحتمل الخطاب التعميم لهم ايضا واما فيما لا يحتمله فلا يكونون مخاطبين بالمعاملات بذلك قطعا وما نحن فيه من قبيل الثاني لان الخمر كانت متقومة في شريعة من قبلنا وفي صدر شريعتنا والاصل ان ما ثبت يبقى الى ان يوجد المزيل والمزيل وهو قوله تعالى رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه وجد في حقنا بدليل السياق والسباق فبقي في حق من لم يدخل تحت هذا الخطاب على ما كان من قبل كما صرح به في الكافي والكفاية فلم يبق مجال التعميم للكفاية ايضا وكذا الحال في الخنزير على ما حققه صاحب غاية البيان حيث قال تحقيق ذلك ان الخمر والخنزير كانا حلالين في الامم الماضية وكذلك في حق هذه الامة في ابتداء الاسلام ثم ورد الخطاب بالحرمة خاصا في حق المسلمين فكانا حراما عليهم وبقيا حلالا على الكفار كنكاح المشركات كان جائزا في حق الناس كافة ثم ورد التحريم خاصا في حق المسلمين فبقي حلالا في حق الكفار فكذا ههنا الا ترى الى خطاب الله تعالى المؤمنين في سورة المائدة بقوله يا ايها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون والمؤمن هو الذي يفلح اذا اجتنب الخمر وقال تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الى هنا لفظ غاية البيان ثم ان التحقيق الذي لا محيد عنه ههنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال واما الكلام في المسئلة من حيث المعنى فبعض مشائخنا قالوا الخمر مباح في حق اهل الذمة وكذلك الخنزير والخمر في حقهم كالخل في حقنا والخنزير في حقهم كالشاة في حقنا في حق الاباحة شرعا فكان كل واحد منهما مالا متقوما في حقهم ودليل الاباحة في حقهم ان كل واحد منهما منتفع به حقيقة صالح لاقامة مصلحة البقاء

ونحن أمرنا بان نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الالزام واذا بقي التقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين تمولهما الا انه يجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكها لكونه اعزازا لها بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وهذا بخلاف الربوا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين

والاصل في اسباب البقاء هو الاطلاق الا ان الحرمة في حق المسلم ثبتت نصا غير معقول المعنى او معقول المعنى لا يوجد ههنا او يوجد لكنه لا يقتضي الحل لا الحرمة وهو قوله ثم انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلوة لان الصد لا يوجد في الكفرة والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع لانها سبب المنازعة والمنازعة سبب الهلاك وهذا يوجب الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة في حقهم وبعضهم قالوا ان الحرمة ثابتة في حقهم كما هي ثابتة في حق المسلمين لان الكفار مخاطبون بالشرائع التي هي حرمات عندنا هو الصحيح من الاقوال على ما عرف في اصول الفقه وعلى هذا الطريق لضمان وجهان احدهما ان الخمر وان لم تكن مالا متقوما في الحال فهي بعرض ان يصير مالا متقوما في الثاني بالتخلل والتخليل ووجوب ضمان الغصب والاتلاف يعتمد كون المحل المغصوب والمتلف مالا متقوما في الجملة ولا يقف على ذلك الحال الا يرى ان المهر الجحش وما لا منفعة له في الحال مضمون بالغصب والاتلاف والثاني ان الشرع منعنا عن التعرض لهم بالمنع عن شرب الخمر واكل الخنزير حسبما روي عن علي رضي الله عنه انه قال امرنا ان نتركهم وما يدينون ومثله لا يكذب وقد دانوا شرب الخمر واكل الخنزير فلزمنا ترك التعرض لهم في ذلك وفي نفي الضمان بالغصب والاتلاف يفضي الى التعرض لان السفيه اذا علم انه اذا غصب او اتلف لا يواخذ بالضمان يقدم على ذلك وفي ذلك منعهم والتعرض لهم من حيث المعنى والله اعلم الى هنا عبارة البدائع **قوله** نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون اقول لقائل ان يقول فلم لم نتركهم وما يدينون في بعض الامور كاحداث البيعة والكنيسة وركوب الخيل وحمل السلاح فانهم يمنعون منها على ما مر في كتاب السير والجواب ان امثالها مستثنى مما يدينون بدلائل ذكرت في موضعها كما ان الربوا مستثنى من عقودهم بقوله عليه الصلوة والسلام الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد على ما سياتي بيانه عن قريب قال صاحب العناية اخذا من النهاية ونوقض بما اذا مات المجوسي عن ابنتين احداهما امرأته فانها لا تستحق بالزوجية شيئا من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها في جميع الاديان اذا لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم نتركهم وما يدينون واجيب بانا لا نسلم انهم يعتقدون التوريث بانكحة المحارم فلا بد له من بيان انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه ان مراد الناقض انا اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام لطلبهم ذلك لا نورثها انتهى اقول ليس فيما ذكره كثير حاصل اذ مراد المجيب ايضا ان عدم توريثنا اياها اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام لطلبهم ذلك لعدم ثبوت اعتقادهم التوريث بانكحة المحارم نعم يعتقد المجوس صحة نكاح المحارم وليس من ضرورة اعتقاد صحة النكاح اعتقاد استحقاق الميراث الا يرى ان الميراث يمتنع بالرق واختلاف الدين مع صحة النكاح وقد صرح بهذا التفصيل في النهاية وان اراد ذلك القائل انهم لو اعتقدوا التوريث بانكحة المحارم وطلبوا ذلك لم نحكم بينهم بذلك ايضا على شرع الاسلام فلا فائدة فيه لان ما يضرنا انما هو النقض بما هو امر واقع لا بما هو فرض محض ثم اقول بقي ههنا كلام آخر وهو ان يورد النقض حينئذ بمسلم مات عن زوجة كافرة فانها لا تستحق شيئا من الميراث عندنا لاختلاف الدينين مع ان وجوب توريث الزوجة من زوجها مقرر في جميع الاديان اذا لم يوجد مانع والظاهر ان الكفر ليس بمانع عن الارث في اعتقاد الكفرة ثم لم نتركهم وما يدينون ههنا فتامل في الجواب **قوله** وهذا بخلاف الربوا متعلق بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها كذا قاله جماعة من الشراح وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك والاولى ان يتعلق بقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون الخ لاتساق ما بعده من عطف حينئذ انتهى اقول تعلقه بما ذكره صاحب العناية غير ظاهر السداد لان كلمة هذا اسم كونها اشارة الى ذلك جدا المستقيم ان يكون الربوا في خلاف قوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون لان الربوا لما كان مستثنى من عقودهم وكان ذلك فسقا منهم لا تدينا لثبوت حرمة الربوا في دينهم لقوله تعالى واخذهم الربوا وقد نهوا عنه كما صرح به قاطبة حتى صاحب العناية نفسه لم يكن منعنا اياهم عن الربوا مخالفا لقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون كما لا يخفى على ذي مسكة وعلى تقدير ان يكون قول المصنف رح وهذا بخلاف الربوا متعلقا بقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون يصير المعنى وهذا اي قوله ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون ملتبس بخلاف الربوا وليس هذا المعنى بسديد لعدم ملابسة الخلاف بينهما كما بينا آنفا واما على تقدير ان يكون قوله وهذا بخلاف الربوا متعلقا بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها كما ذهب اليه جماعة من الشراح فيصير المعنى وهذا اي وعدم كون الذمي ممنوعا عن تمليك الخمر وتملكها ملتبس بخلاف الربوا لكونهم ممنوعين عن الربوا ولا يخفى

بخلاف متروك التسمية عامدا اذا كان لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة **قال** فان غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان ياخذ الخل بغير شيء وياخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه بماله قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا يثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا ياخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع **قال** وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطى ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع اما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى كان له ان ياخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه

ان هذا المعنى سديد وان كلمة هذا التي يشار بها الى القريب في محلها حينئذ وقال بعض الفضلاء بل الاولى ان يتعلق بقوله فيضمنه والاشارة الى ما ذكره من الخمر والخنزير انتهى اقول هذا اقبح مما قاله صاحب العناية لانه ان كانت الاشارة بهذا الى الخمر والخنزير بتاويل ما ذكر كما زعمه يصير المعنى وهذا الذي اي ما ذكر من الخمر والخنزير يلتبس بخلاف الربوا فلا يبقى لتعلق قوله وهذا بخلاف الربوا بقوله فيضمنه معنى وان صير الى التقدير بان يقال المراد وهذا بخلاف الربوا في الضمان لتحصيل نوع تعلق بقوله فيضمنه فلا يكون سديدا ايضا لان الضمان انما يتصور في الاتلاف ومسئلة الربوا ما لا اساس بذلك تدبر تفهم **قوله** وبخلاف متروك التسمية لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة قال في العناية يعني لما امرنا ان نترك اهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا ان نترك اهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى وحينئذ يجب ان لا يوجب الضمان على من اتلف متروك التسمية عامدا لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي رح ووجه الجواب ما قال ان ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمته قائم فلم يعتبر اعتقاده في ايجاب الضمان هذا ما قالوه ولقائل ان يقول لا نسلم ان ولاية المحاجة ثابتة لان الدليل الدال على ترك المحاجة مع اهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى على ما قررتم والجواب ان الدليل هو قوله عليه السلام اتركوهم وما يدينون وكان ذلك بعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين الى هنا لفظ العناية واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور في الآخر حيث قال فيه بحث فان القاضي ينفذ ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه انتهى اقول هذا ساقط جدا اما اولا فلان القاضي انما ينفذ ما حكم به قاض آخر اذا لم يكن ما حكم به مما يخالف الكتاب والسنة المشهورة او الاجماع واما اذا كان ما حكم به مما يخالف شيئا من هذه الثلاثة فلا يصح ان ينفذه القاضي اصلا كما صرحوا بذلك كله في كتاب القضاء ونقلوا مما يخالف الكتاب الحكم بحل متروك التسمية عامدا فانه مخالف لقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه والكلام ههنا في متروك التسمية عامدا فكيف يتصور فيه التنفيذ واما ثانيا فلان حاصل الجواب المذكور ان علة الامر بالترك في قوله عليه الصلوة والسلام اتركوهم وما يدينون هي عقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين فلا يتصور الحاق المجتهدين باهل الذمة في ترك المحاجة لا دلالة ولا قياسا ولا يخفى ان هذا يدفع السوال بان الدليل الدال على ترك المحاجة مع اهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى وان حديث تنفيذ القاضي ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه لا يقدح في دفع الجواب المذكور السوال المزبور بل هو كلام آخر معلوم وجهه في محله **قوله** ولو هلك في يده لا يضمن بالاجماع قال صاحب العناية والمجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع فلهذا لم يذكره المصنف رح انتهى اقول ليس هذا بسديد لان الذي لا يحتاج الى دليل ما اجمع عليه الامة بالاجماع الذي هو احد الادلة الاربعة الشرعية فان الاجماع حينئذ بالمعنى المذكور يكفي دليلا عليه والظاهر ان مراد المصنف رح بالاجماع ههنا هو اجماع ائمتنا الثلاثة الذين وقع الخلاف بين اعظمهم وبين صاحبيه فيما ذكر آنفا من مسئلة الاستهلاك لا اجماع الامة الذي هو من الادلة لان هذا الاجماع انما يتحقق باتفاق جميع المجتهدين الموجودين في عصر من امة محمد صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي وهو غير ثابت فيما نحن فيه كيف وقد قال في معراج الدراية ههنا وعند الائمة الثلاثة يعني مالكا والشافعي رح واحمد رح لو تخللت الخمر بنفسها او هلكت في يد الغاصب يضمن واما اذا تخللت بفعل الغاصب لا يضمن وفي الجلد المدبوغ على قول لا يلزمه رده لا يضمن وفي قول وجب رده يضمن انتهى فظهر منه مخالفة هؤلاء الائمة الثلاثة لائمتنا في بعض صور الهلاك فيما نحن فيه مع ان مالكا من معاصري ابي حنيفة رح والشافعي رح من معاصري محمد رح فلم يتحقق اجماع الامة في زمنهم على عدم الضمان في بعض صور هذه المسئلة قطعا ولم ينقل اجماع امة اخرى من قبل فلم يكن حمل الاجماع المذكور على اجماع الامة كما لا يخفى وقال صاحب النهاية ههنا ولم يذكر الدليل لقوله ولو هلك في يده لا يضمن بالاجماع لان دليله ظاهر وهو انه لو ضمن لا يخلو اما ان يضمن قيمته يوم الغصب او يوم الهلاك ولا وجه لضمان قيمته يوم الغصب لانه لم يكن لكل واحد من الخمر وجلد الميتة قيمة يوم الغصب ولا وجه لضمان قيمته يوم الهلاك ايضا لانه لم يوجد منه فعل في هلاكه والضمان لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي انتهى كلامه اقول ظهور هذا الدليل المفصل الدائر على الترديد غير مسلم ولو سلم فكونه اظهر من سائر الادلة التي ذكرها لسائر المسائل سيما دليل وجوب الضمان